UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

sur le

ROLE DU SILENCE

CRÉATEUR D'OBLIGATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Samedi 14 Décembre 1912, à 1 heure et demie du soir

PAR

Jean BARRAULT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. HÉMARD, *Professeur.*

Suffragants : MM. GAUDEMET, *Professeur.*
HUGUENEY, *Agrégé.*

DIJON
IMPRIMERIE DARANTIERE
13, rue Paul-Cabet, 13

1912

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535717_0043

ESSAI SUR LE ROLE DU SILENCE

CRÉATEUR D'OBLIGATIONS

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

sur le

ROLE DU SILENCE

CRÉATEUR D'OBLIGATIONS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(SCIENCES JURIDIQUES)

Soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Dijon

Le Samedi 14 Décembre 1912, à 1 heure et demie du soir

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

PAR

Jean BARRAULT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE DIJON
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. HÉMARD, *Professeur.*

Suffragants : MM. GAUDEMET, *Professeur.*
HUGUENEY, *Agrégé.*

DIJON
IMPRIMERIE DARANTIERE
13, rue Paul-Cabet, 13

1912

BIBLIOGRAPHIE

Bonfante. Il silenzio nella concluzione dei contratti (Foro Italiano, 1900) ; Rivista di diritto commerciale, 1906, II et 1907, I).

Borgna. Del silenzio nei negozi giuridici, Cagliari, 1901.

Ehrlich. Die stillschweigende Willenserklärung, Berlin, 1893.

Gabba. Nuove questioni di diritto civile, Turin, 1905 (Del silenzio nel diritto civile : pp. 109 et s.).

Massé. Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil, t. III, Paris, 1874.

Maumus. Des contrats par correspondance, Thèse, Toulouse, 1905.

Pacchioni. Il silenzio nella concluzione dei contratti (Rivista di diritto commerciale, 1906, II) ; Sull' art. 37 del Codice di commercio (Même Revue, 1908, II).

Papazol. De l'offre et de l'acceptation, Thèse, Paris, 1907.

Pagani. Le fatture accettate coll silenzio (Rivista di diritto commerciale, 1908, II).

Paravicini de Lunghi. Il silenzio e la dichiarazione tacita di volonta nel diritto privato et nel diritto amministrativo, Sondrio, 1910.

Perozzi. Il silenzio nella concluzione dei contratti (Rivista di diritto commerciale, 1906, I).

Ranelletti. Il silenzio nei negozi giuridici (Rivista Italiana per le scienze giuridice, 1892).

Savigny. Traité de droit romain (1843), t. III, § 132 et s.

Simoncelli. Il silenzio nel diritto civile, 1897, (Compte-rendu de l'Institut de Droit Lombard, vol. 30).

SRAFFA. Il silenzio nella concluzione dei contratti (Giurisprudenza Italiana, 1898) ; L'accettazione delle fatture e il silenzio (Rivista di diritto commerciale, 1906, I).

VALERY. Des contrats par correspondance, Paris, 1895 ; et note sous Cass. 17 juin 1903 (D. 05, 1, 345).

VIGHI. Considerazioni sulla dichiarazione tacita di volonta, Camerino, 1899.

VIVANTE. Traité de droit commercial, 2e édit., t. IV, nº 1532.

INTRODUCTION

La paresse, pourrait-on dire, est le propre de l'homme. Et si l'absolu de cette formule risquait de choquer quelques esprits chagrins, nul ne contestera que l'homme normal ne suive dans tous les actes de sa vie, consciemment ou inconsciemment, la loi du moindre effort : il n'exercera jamais en principe que l'activité minima nécessaire pour réaliser la fin qu'il s'est proposée.

Si, d'autre part, nous constatons que la plupart des entités juridiques ne sont que la résultante d'actes de volonté, et que cette dernière n'est perceptible qu'autant qu'elle a été exprimée, n'est-il point logique de penser que l'homme, dans l'expression de sa volonté, ne suive, là comme ailleurs, la loi du moindre effort ? Ainsi, dans les limites où la loi l'y autorisera, tendra-t-il toujours à manifester son vouloir de la façon qui lui sera la moins pénible : à réduire son activité au minimum. On conçoit, dès lors, le vif intérêt pratique que présente l'étude des cas multiples avoisinant cette limite extrême de l'expression de la volonté.

Lorsqu'enfin l'activité exercée sera égale à zéro et dès qu'elle tendra vers zéro, nous nous trouverons en face d'une attitude que nous nommerons silence : étudier son efficacité sera le but de cette thèse.

Et de fait,chaque jour, le praticien, spécialement en matière de contrat, se trouve amené à rechercher quelle peut être la valeur juridique du silence. Que par tacite reconduction le propriétaire soit considéré comme acceptant le renouvellement d'un bail parce qu'il n'a pas protesté contre la prolongation de séjour de son locataire dans les lieux loués, que le vendeur invoque le mutisme de l'acheteur au reçu d'une facture pour en prétendre les clauses acceptées par ce dernier, ou que le pollicitant, au contraire, se dise délié de son offre parce que le destinataire de cette dernière n'y a pas fait de réponse immédiate, c'est toujours sous différentes formes le même problème qui se pose : celui précisément que nous projetons d'étudier.

Et pourtant, en France du moins, le juriste ne s'est point attaché à cette théorie si féconde en applications pratiques. En se hâtant, comme à regret, civilistes et commercialistes ont traité en quelques lignes cette question peu fortunée : ils ont mentionné brièvement les solutions jurisprudentielles ; quelques-uns, plus zélés, ont essayé de synthétiser ces décisions d'espèces et de les grouper empiriquement en deux ou trois catégories. Mais aucun n'a tenté d'aller au fond des choses, de rechercher quels principes dominent la question, de fixer les rapports qui unissent cette matière avec la théorie générale des obligations ; ils se sont bornés à consacrer un adage, venu on ne sait d'où par les chemins aventureux de la coutume : « Qui ne dit rien consent » ; au hasard, et dans le louable désir de satisfaire à l'équité, ils ont tantôt justifié par cette maxime certaines solutions d'espèces, tantôt, sans expliquer pourquoi, ils l'ont laissée dans l'oubli et posé le principe inverse : « Silence ne vaut point consentement. » Puis, l'âme tranquille, ils sont retournés aux grandes théories qui leur sont chères...

C'est que le silence est une matière austère. Il est à la parole ce qu'est la nuit obscure à la lumière éclatante du jour. Encore s'est-il trouvé des poètes pour chanter la nuit étoilée. Moins heureux est notre sujet : et si des pléiades d'écrivains ont vanté la magnificence du verbe, bien peu ont rendu hommage aux charmes discrets du silence. Nous essaierons donc de faire rendre justice, s'il y a lieu, à ce grand méconnu ; et notre étude sera-t-elle une tentative de jeter un peu de lumière sur un sujet pratique et intéressant entre tous.

I. — **Définition du silence. Peut-il se poser à son sujet un problème juridique?** A vrai dire, en Allemagne déjà, et et surtout en Italie, de nombreux juristes ont étudié, de façon infiniment brillante, la question.

Mais ils n'ont oublié qu'une chose, — et *a fortiori* les auteurs français dans leurs brèves dissertations sur la matière — c'est de définir le silence.

Cette définition, en vain l'avons-nous cherchée dans tous les travaux faits sur le sujet : « Le silence, dirait-on volontiers, c'est le silence. » Un seul écrivain, semble-t-il, M. Perozzi (1), se plaçant au point de vue contractuel, a tenté de dégager ce point délicat. Mais son étude n'est guère pour nous encourager, puisque sa conclusion est que tout travail sur la question « n'a jamais été et ne reste qu'une spéculation vide de sens », et que ce serait folie que de vouloir faire une œuvre quelconque intitulée : « Du rôle du silence dans le Droit (2). »

Ainsi, à peine notre étude tente-t-elle de sortir des limbes où s'élaborent les dissertations juridiques, que commence

(1) Perozzi. Il silenzio nei concluzione nei contratti (*Rivista di diritto commerciale*, 1906, I).

(2) Perozzi, *loc. cit.*, p. 515. C'est d'ailleurs à une conclusion analogue qu'aboutit M. Ehrlich dans son livre : *Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin, 1893.

pour elle le *struggle for life* : l'âpre lutte pour la vie (1). Nous nous efforcerons donc, aussi éloignés de ceux qui seraient tentés de faire du problème du silence l'un des chapitres les plus importants de la théorie des obligations, que de ceux qui voudraient le rayer purement et simplement de la science, de le définir, de justifier son existence et de fixer sa place dans le Droit.

Qu'est-ce donc que le silence ?

Trouverons-nous sa définition — car c'est là qu'il convient d'abord de la chercher — dans la loi ? Non certes ; et si dans certaines législations étrangères (2), on trouve énoncé le mot « silence », il n'en est pas fait la moindre mention dans nos Codes ?

La trouverons-nous dans la Doctrine ? Non, puisque nous avons constaté déjà son mutisme sur cette question.

Trouverons-nous du moins dans les œuvres des juristes un certain nombre de cas pratiques qualifiés de cas de silence, et d'où il nous sera possible de tirer par synthèse une formule générale ? Non encore : et les deux auteurs qui ont en Italie étudié la question de la façon, semble-t-il, la plus pénétrante — MM. Bonfante (3) et Pacchioni (4) — sont en désaccord complet sur les limites à apporter à la matière, le second faisant rentrer dans les cas de silence nombre d'hypothèses où le premier voit des déclarations tacites de volonté. En France même, alors que la plupart des théoriciens les distinguent soigneusement, une tendance nouvelle semble s'affirmer à

(1) Ou plutôt, selon la formule plus moderne : « La difficulté de vivre. »

(2) Art. 323 du Code de C. allemand ; art. 1805 du Code C. de la Louisiane, etc.

(3) Bonfante. Articles dans *Le Foro Italiano*, 1900, *La Rivista di diritto commerciale*, 1906, II et 1907, I.

(4) Pacchioni. Article dans *La Rivista di diritto commerciale*, 1906, II.

confondre dans une catégorie unique les cas de consentement tacite et ceux de consentement par le silence (1).

C'est donc dans le langage commun que nous serons contraints de rechercher quel est le sens du silence, et ce sont les dictionnaires — Larousse n'est-il pas quelque peu à la base de toute érudition ? — qui nous le donneront.

Le silence, trouverons-nous, c'est le fait de ne pas parler, ou plus généralement c'est le non faire (2).

C'est ici que nous attend M. Perozzi (3).

Point n'est besoin de dissimuler, nous dira-t-il. En réalité, pour quiconque veut étudier le rôle juridique du silence, et spécialement son rôle en tant que créateur d'obligations contractuelles, la véritable, la seule question réellement controversée qui se pose et qui domine toute l'argumentation est la suivante, éternel sujet de discussion : Le silence vaut-il manifestation de volonté ? problème qui — étant donné qu'on admet généralement qu'un contrat ne peut naître que par le concours de deux volontés correspondantes — peut aussi bien se formuler : Le silence peut-il engendrer une obligation contractuelle ?

Or, remarque M. Perozzi, poser la question ainsi, c'est dire du même coup que par « silence » on ne peut raisonnablement entendre :

Ni le fait même de l'absence de toute manifestation de volonté ; car alors la question se résout par la question : et jamais il ne pourra y avoir contrat ;

Ni un type particulier de maintien parmi les actes qui constituent une manifestation de volonté ; car il est bien

(1) Voir notamment Maumus. *Des contrats par correspondance.* Thèse Toulouse. 1905, pp. 40 à 44.

(2) Voir, au mot silence : Larousse, Littré, Dalloz (Répertoire), etc.

(3) Perozzi, *loc. cit.*

entendu que la manifestation de volonté nécessaire à la conclusion d'un contrat non formel peut se produire selon tous les modes possibles et imaginables : il suffit qu'elle se produise.

Ainsi, dans les deux cas, la question de l'efficacité juridique du silence ne peut être discutée parce que la façon même de poser le problème en contient implicitement la solution : négative dans le premier cas, affirmative dans le second.

Le problème ne peut donc se poser qu'autant que par silence nous faisons allusion à une façon de se comporter caractérisée non point par sa valeur en tant que manifestation de volonté, mais par d'autres circonstances. A cette condition seulement notre problème sera un problème.

Quelle peut donc être la caractéristique — distincte de l'idée de manifestation de volonté — de l'attitude nommée : silence ?

Il semble que ce soit le caractère négatif. Et en effet que nous lisions détracteurs ou partisans de son efficacité : Bonfante ou Pacchioni, nous constatons que l'un et l'autre qualifient le silence de fait négatif. Le silence ne peut jamais valoir consentement, écrit Bonfante parce qu' « une manifestation de volonté exige un acte positif (1) ». Le silence, dit au contraire Pacchioni, peut engendrer des obligations contractuelles parce que « le consentement peut résulter même d'un acte négatif (2) ».

Or, peut-on dire d'un acte déterminé ou d'une catégorie d'actes qu'ils sont négatifs, ou qu'ils sont positifs ? Évidemment non : « Un acte est toujours positif ou négatif par

(1) Bonfante. *Rivista di diritto commerciale*, 1906, II, p. 225.

(2) Pacchioni. *Rivista di diritto commerciale*, 1906, II, p. 25.

rapport à quelque idée d'acte. Si nous envisageons l'idée de marcher, celui qui reste assis fait un acte négatif ; si nous envisageons l'idée de s'asseoir, celui qui reste assis fait un acte positif. Si nous envisageons l'idée de l'étude, celui qui s'adonne tout le jour aux sports fait un acte négatif ; si nous envisageons, au contraire, le point de vue de l'éducation physique, il fait un acte positif (1). » Le fait de se taire lui-même n'est pas nécessairement un acte négatif : n'est-il point positif si on l'envisage relativement à l'idée de mutisme ?

A quelle idée d'acte songeaient donc Bonfante et Pacchioni lorsqu'ils qualifiaient le silence de « non faire » ?

M. Perozzi n'a pas grand'peine à la dégager.

Que dit Bonfante, en effet ? « Nous reconnaissons bien qu'il n'est pas nécessaire qu'une manifestation de volonté soit toujours expresse... On peut se contenter d'une manifestation indirecte qu'on infère de la façon de se comporter de la personne en cause, ce qui, dans la doctrine, a reçu le nom — assez peu heureux — de manifestation tacite... Mais une manifestation de volonté exige un acte positif : admettre le contraire serait voir un consentement dans une simple volition interne (2). »

Ces phrases signifient le plus clairement du monde que s'il existe pour Bonfante des actes négatifs, ce sont ceux qui ne constituent qu'un acte de volonté interne. La distinction entre actes positifs ou négatifs ne repose donc pour lui rien moins que sur le criterium de manifestation de volonté.

Pour Bonfante donc, conclut Perozzi, le silence c'est l'absence de manifestation de volonté. Ainsi l'éminent juriste

(1) Perozzi. *Rivista di diritto commerciale*, 1906, I, p. 510.

(2) Bonfante, *loc. cit.*, p. 225.

n'a pas évité l'écueil que signalait Perozzi au début de son argumentation. Et sa double maxime : « Une manifestation de volonté exige un acte positif. Le silence ne peut valoir manifestation de volonté » se réduit à une double tautologie : « Une manifestation de volonté exige une manifestation de volonté. L'absence de manifestation de volonté ne peut valoir manifestation de volonté. »

Passons à Pacchioni. Pour ce dernier, le raisonnement est un peu plus complexe. Pachionni reconnaît en effet — et comment ne pas le faire ? — que le silence en principe n'a pas de conséquences juridiques, et à ce titre, il est négatif, parce que celui qui se tait « ne parle pas » ; cependant, dans certains cas, le silence peut valoir consentement : et dès lors il devient positif, parce qu'alors celui qui se tait « parle ».

« Il est arbitraire, dit-il, d'affirmer que seule la volonté manifestée par des actes positifs a une valeur obligatoire.... Le silence par lui-même ne dit rien, mais en présence d'un certain concours de circonstances il peut dire autant que la parole..... (1). » Et il conclut : « C'est à bon droit que nous pouvons contester que le silence doive toujours être considéré comme un fait négatif : Au point de vue purement physique, il est certain que celui qui se tait ne parle pas : c'est-à-dire qu'il ne fait rien. Mais au point de vue juridique, il en est autrement : et, dans certains cas, le silence peut être considéré comme un acte positif (2). »

Ainsi, deux sortes de silence : l'un physique, l'autre juridique. Le premier — qui est apparemment le silence-type : celui que nous cherchons à dégager en ce moment — est le fait de se taire, et à ce titre il est toujours négatif. Pourquoi

(1) Pacchioni, p. 26.

(2) *Id.*, p. 29.

est-il négatif ? Parce que sans doute Pacchioni envisage le fait de se taire en regard de l'idée de parler. Or qu'est-ce que parler ?

Le parler physique — puisqu'il s'agit ici du silence physique — sera-t-il le fait matériel d'émettre des sons articulés ? Sera-ce se taire que d'écrire ou de faire des gestes ayant une signification précise ? Sera-t-il silencieux le spectateur d'un théâtre qui, à la demande de son voisin le priant de lui prêter sa lorgnette, se bornera à la lui remettre sans proférer de parole ? Il va de soi que Pacchioni ne s'arrête pas à un criterium aussi grossier.

Dès que la partie fait un geste ou un signe ayant socialement la valeur d'une manifestation de volonté, il y a « parler physique ».

Et la preuve en est dans les termes mêmes employés par Pacchioni : « Celui qui se tait ne parle pas, c'est-à-dire ne fait rien. » « Comment, s'écrie Perozzi, a-t-il été possible à Pacchioni d'écrire que celui qui se tait ne fait rien ? Car celui qui se tait fait d'abord l'action de se taire, et en outre, tout en se taisant, il peut faire toutes les autres actions possibles, excepté parler. Pourquoi donc, pour Pacchioni, celui qui se tait ne fait-il rien ? Parce qu'il pense à l'unique « faire » qui l'intéresse : la manifestation d'une volonté (1). »

Le silence physique de Pacchioni est donc en réalité un véritable silence juridique, le même que celui de Bonfante, toujours négatif parce qu'il consiste dans la non-manifestation de volonté.

Et maintenant, qu'est-ce que le silence juridique ? « Le silence physique, dit Pacchioni, peut, parfois, être considéré

(1) Perozzi, *loc. cit.*, p. 512.

comme un fait positif. » A quel titre? Quand le silence physique se mue-t-il en fait positif? Lorsqu'il est l'expression d'un consentement. Juridiquement donc le silence — qui physiquement n'est autre que la négation de toute manifestation de volonté — peut servir à manifester une volonté. Nous touchons ici, déclare Perozzi, au summum de l'équivoque et de la subtilité : Comment le silence peut-il être positif « parce que la partie dit quelque chose », alors qu'il reste en même temps négatif « parce que la partie ne dit rien »? Et quand le silence est positif, en fonction de quelle idée reste-t-il un silence, c'est-à-dire un non dire, c'est-à-dire un fait négatif? Pacchioni se garde bien d'y répondre.

Ainsi, dès qu'il a voulu étudier le silence pris en lui-même, en faisant abstraction de l'idée de manifestation de volonté, il est tombé dans d'inextricables contradictions : « Il possède seulement l'idée de dire et de non dire, c'est à dire de manifestation de volonté, de même que Bonfante... Ainsi sa maxime : « Le silence peut valoir, dans certains cas, « comme manifestation de volonté », signifie simplement : « Dans certaines circonstances, on manifeste une volonté par « certains actes qui, dans d'autres circonstances, ne suffiraient « pas à la manifester », sentence d'une vérité évidente, mais qui n'a rien à faire avec le silence (1). »

Ainsi, Bonfante et Pacchioni, détracteur et partisan de la théorie de l'efficacité du silence, ont fait œuvre également vaine dès qu'ils ont entendu par silence l'absence de manifestation de volonté. Le raisonnement du premier repose sur une tautologie manifeste qu'il répète à l'envi; celui du second « qui, après avoir, avec le silence physique, accepté l'idée de son contradicteur, l'a repoussée avec le silence juridique »,

(1) Perozzi, *loc. cit.*, p. 513.

n'est qu'une tentative irréalisable de concilier deux principes contradictoires.

Si bien que tous deux sont condamnés à ne faire que « de la casuistique assaisonnée d'affirmations relatives aux manifestations de volonté (1) ». Leurs études « se confondent et se perdent parmi l'ensemble des banales questions de fait bien connues qui se posent sur le point de savoir si une façon quelconque de se comporter constitue une manifestation donnée de volonté, questions qui se résolvent toutes par les mêmes moyens (2) ».

Et qu'on ne demande pas à Perozzi d'apporter une définition du silence ne donnant pas prise aux mêmes critiques ! Il s'en reconnaît lui-même incapable : « Si je me sers du mot silence dans l'unique sens juridique possible du terme, qui est : non manifestation de volonté, je fais une catégorie de manières de se comporter par rapport auxquelles aucune discussion n'est plus possible, car elles ne sont déjà groupées ensemble que précisément en raison de leur caractère de non manifestations de volonté..... Le prendrai-je dans son sens vulgaire? Le silence alors sera le fait de ne pas parler, de ne pas écrire, de ne pas faire de geste, de ne pas répondre à une lettre par une autre : en un mot, et d'une façon générale, le fait de ne pas employer certains moyens déterminés propres à exprimer une volonté. Or, il est clair que c'est une question dénuée de sens que de demander si on peut faire une chose sans user d'un certain moyen pour la faire..... Autant vaudrait demander si on peut aller à Rome sans user du chemin de fer, où si on

(1) Perozzi, *loc. cit.*. p. 517.

(2) *Id.*, p 516.

peut s'instruire sans lire (1). » Ainsi Perozzi constate que le terme silence ne peut lui servir de guide. L'abandonnera-t-il? Appellera-t-il du nom de silence un certain type de manières de se comporter volontaires — la question ne pouvant se poser pour les involontaires — au sujet desquelles on pourra discuter, si l'on peut ainsi manifester une volonté contractuelle? Mais alors, le mot silence ne sera plus qu'un symbole, un signe dénué de signification intrinsèque. « Chacun conçoit, s'écrie-t-il, ce qu'une telle méthode aurait d'arbitraire et d'antijuridique! »

Aussi M. Perozzi de conclure que ce serait folie que de prendre le mot de silence comme point de départ d'une étude quelconque. Et spécialement tout problème intitulé « Le silence dans la conclusion des contrats » n'est qu'une spéculation « contradictoire ou dénuée de sens, car silence signifie ou bien non manifestation de volonté, ou bien non usage de certains moyens de manifestation de volonté ; et, au sujet d'une conduite ainsi définie, on ne peut discuter si elle peut donner naissance à un contrat (2) ». Ce qu'on étudiera en réalité, qu'on le veuille ou non, et ce à quoi juges et théoriciens doivent toujours se reporter, c'est, et c'est uniquement la question de manifestation de volonté. « Si on estime qu'il y a eu manifestation de volonté, alors on dira qu'on « a parlé » ; si on estime qu'il n'y a pas eu manifestation de volonté, alors on dira qu'on « s'est tu (3) ». Mais quant au silence lui même, il n'a pas d'existence propre. Il ne repose que sur « un criterium linguistique sans portée » ; il n'est qu'un fantôme, un mythe : « Celui qui m'aura suivi jusqu'ici

(1) Perozzi, *loc. cit.*, p. 514.

(2) *Id.*, p. 524.

(3) *Id.*

conclura je l'espère, avec moi, qu'un problème intitulé : « Le « silence dans la conclusion des contrats » ne peut subsister dans la science (1). »

Merveilleusement subtile est la thèse de M. Perozzi, et d'une logique impitoyable : son défaut, oserai-je dire, est d'être trop logique en ce sens qu'elle repose trop sur l'absolu.

Quoi qu'il en soit, elle renferme une grande part de vérité et nous paraît des plus instructives parce qu'elle dégage une foule de points que nul ne s'était jamais avisé d'envisager, nous donnant à la fois un curieux exemple de la maestria des Italiens dans l'art d'analyser, de disséquer avec la minutie d'un Bartole un quelconque rapport juridique et montrant du même coup combien une question à première vue d'une simplicité puérile peut laisser de place à des aperçus imprévus, et recéler d'inconnu.

A vrai dire M. Bonfante reproche amèrement au précédent auteur d'avoir confondu les actes positifs et négatifs avec les actes antithétiques, alors qu'un abîme sépare ces deux distinctions, en ce sens qu'à un acte déterminé peuvent correspondre plusieurs antithèses, alors qu'il ne lui correspond jamais qu'une seule négation (2). Ces critiques peuvent contenir une part de vérité ; il ne nous semble point cependant que, si elle existe, la confusion relevée — d'ailleurs peu caractérisée et résidant surtout dans la terminologie — ait entraîné quelque erreur dans l'argumentation de Perozzi.

Et de grand cœur nous concéderons à ce dernier l'exactitude du syllogisme suivant : Le silence, c'est le fait de ne pas

(1) Perozzi, *loc. cit.*, p. 515.

(2) Comparer Bonfante, *Rivista di diritto commerciale*, 1907, I, p. 117. La caractéristique du fait négatif est qu'on ne peut le définir sans se référer à l'idée positive correspondante, la négation de l'acte négatif n'étant autre que l'acte positif lui-même.

parler. — Or, parler, au sens juridique du mot, c'est manifester une volonté : — Le silence est donc une non manifestation de volonté.

Le tout est de s'entendre sur le sens du mot « manifestation »; il semble à Perozzi, qui se garde bien de la définir, que la manifestation de volonté est quelque chose d'infiniment précis, en droit du moins. Car il reconnaît — ce qui est évident — que la question de savoir en fait s'il y a manifestation entraîne toute une suite de problèmes ; mais ce sont là de « banales questions d'espèces » dont la solution est réservée au juge du fait. Si l'on fait abstraction de ces contingences, la question lui paraît des plus simples et parmi la liste innombrable des manières de se comporter envisagées au point de vue de la manifestation de volonté, le juriste sans hésiter doit discerner la ligne précise qui les divise en deux groupes : ceux qui contiennent une manifestation de volonté, et ceux qui n'en contiennent point. Aucune place ne reste pour le silence. Si, par ce vocable, on entend les cas douteux : ceux qui avoisinent la ligne séparative, et dont on peut discuter *en fait* la portée « on n'étudiera que le dernier anneau d'une chaîne ; or, nous pouvons faire une étude sur la chaîne, mais non seulement sur le dernier anneau (1) ». Tel est le raisonnement au nom duquel M. Perozzi raye le silence de la science.

Encore une fois, que cet écrivain subtil, si ardent à définir toutes choses, n'a-t-il défini la manifestation de volonté ! Car, incontestablement elle comporte des degrés ; et même alors que le juge a déterminé exactement quel est dans une espèce particulière ce degré de manifestation de volonté, il reste encore au théoricien à étudier et à discuter la question de savoir si telle activité d'une partie, suffisante peut-être pour

(1) Perozzi, *loc. cit.*, p. 516.

qu'au point de vue psychologique et abstrait on puisse présumer qu'il existe une volonté, suffit pour qu'en droit on puisse dire qu'il y a eu *déclaration* suffisante pour produire des conséquences juridiques, et spécialement pour valoir consentement.

Qu'est-ce qu'une manifestation, sinon « la production au dehors, l'acte par lequel quelque chose devient sensible, visible, apparent (1) ». La manifestation d'une volonté au sens propre du mot sera donc son extrinsécation consciente et intentionnelle faite dans le but « de révéler à autrui, soit par paroles, soit par signes, soit par actes, c'est-à-dire soit directement, soit indirectement (2) la volonté de la personne (3) ».

Il est bien entendu que cette extrinsécation doit être comprise dans le sens le plus large, et la jurisprudence moderne, en étendant sensiblement les cas de manifestation tacite, a reculé considérablement les bornes du silence. Mais vient une limite — fixée par les mœurs et sanctionnée par le juge du fait — où manque toute extériorisation véritable de la volonté de la partie. C'est là qu'il convient de tracer notre ligne séparative : c'est là que commence le silence.

Est-ce à dire que ces innombrables manières de se comporter négatives qui constituent le sujet de notre étude soient nécessairement stériles ? Non point : car il va de soi que la volonté de la partie, pour ne s'être point extériorisée dans une déclaration positive peut fort bien exister néanmoins. Et l'on imagine assez facilement des hypothèses où les circonstances de fait sont telles qu'on puisse raisonnablement présumer que si telle personne s'est abstenue de manifester une volonté *a*, c'est apparemment qu'elle avait une volonté *b*. Nous dirons

(1) Nouveau Larousse illustré : mot : manifestion.

(2) Selon qu'il s'agira d'une manifestation expresse ou tacite.

(3) Bonfante, *loc. cit.*, p. 106.

alors que la volonté est probable, qu'il y a tout lieu de la supposer.

Si donc, nous voulons classifier l'ensemble des manières de se comporter humaines au point de vue de l'intensité de la manifestation de volonté, nous obtiendrons le tableau suivant :

A. — Manifestation au sens propre d'extrinsécation du processus volitif : susceptible d'une perception : *a*) : immédiate : (manifestation expresse) ; *b*) : médiate : (manifestation tacite).

B. — Silence. Premier degré : Volonté présumable. (assentiment passif de Bonfante) (silence juridique, positif de Pacchioni) Y a-t-il encore manifestation ? Second degré : Absence de tout moyen de connaître la volition si elle existe. Silence absolu.

Aucun doute ne saurait s'élever sur l'efficacité de la volonté manifestée au sens propre. Si elle n'est point affectée de quelque vice essentiel, et en laissant de côté les hypothèses — de plus en plus rares — où la loi exige des formes solennelles, elle produira la plénitude de ses effets.

Quant à la volonté n'existant qu'à l'état de simple volition, il est non moins certain qu'elle est inexistante juridiquement. Jamais spécialement elle ne saurait engendrer d'obligations contractuelles. On ne saurait en effet s'abuser sur la notion de volonté fictive (1) fondée sur l'idée seule que la loi, en maintes occasions, s'est guidée sur la volonté que manifeste d'ordinaire un homme normal dans des hypothèses déterminées, et l'a consacrée, sauf manifestation contraire des parties : il ne s'agit ici rien moins que d'obligations *ex lege*.

(1) Cf. Savigny. *Traité de Droit Romain*, t. III, § 133, pp. 265 et suiv., de la traduction Genoux.

En revanche une foule de controverses s'élèvent en ce qui concerne la volonté présumable. Qu'il soit d'ailleurs des hypothèses où l'existence de la volonté puisse être ainsi démontrée, ce n'est guère contestable. Il y a, dira Bonfante, « assentiment passif (1) », c'est-à-dire « une volonté plus faible, une configuration pour ainsi dire anormale ou incomplète du processus volitif (2) ». Que de cet assentiment passif, fait tout de résignation, de tolérance, de *scientia et patientia*, le psychologue, se plaçant au point de vue abstrait, puisse conclure à l'existence d'une volonté, nous ne saurions le contester. Qu'il soit suffisant également dans les cas où la loi n'exige aucune déclaration, mais un simple *animus*, la chose est non moins certaine. Mais qu'il faille, lorsque la loi exige une manifestation, se contenter de cette simple démonstrabilité de la volonté, et l'assimiler ainsi, par une sorte de fiction, à une véritable déclaration, voilà le nœud du problème, et voilà qui est infiniment plus douteux. Telle est cependant la thèse de Pacchioni, et c'est dans ce sens qu'il qualifie cet assentiment passif de silence positif, restant silence parce qu'il n'y a pas de concrétisation de la volonté, et valant pourtant — selon lui — manifestation de volonté au sens large parce que la volonté est présumable et démontrable.

Ainsi, après que le praticien aura résolu la première question : « Quand y a-t-il silence » ? il restera au juriste à discuter quelle est la valeur intrinsèque du silence. Il se posera donc ici un problème de droit pur. Comme le remarque Rossel, à propos de la matière spéciale des obligations contractuelles : « La question de savoir si un contrat est réellement intervenu, dans telles circonstances données, est une question de fait

(1) Bonfante. *Foro Italiano*, 1900, I, p. 467.

(2) Bonfante. *Rivisa di diritto commerciale*, 1907, I, p. 106.

que le juge apprécie librement en tenant compte des éléments de preuve qui lui sont fournis. C'est en revanche une question de droit (Arrêts du Tribunal fédéral suisse, XII, 316) que de décider s'il existe une obligation de répondre à une offre, et si le silence doit être interprété comme une acceptation (1). »

Ainsi donc, tout en constatant que notre matière est intimement liée à l'étude de la manifestation de volonté, il nous semble que la terminologie de « silence », en dépit de la démonstration de Perozzi, ne laisse pas d'être commode et d'avoir une réelle signification. La question : « Le silence peut-il valoir manifestation de volonté? » n'est point nécessairement une formule vaine et vide de sens. Le tout est — comme nous l'avons fait — de dégager le sens du mot manifestation. Ainsi le problème se posera sous la forme suivante : *Peut-on conclure, bien qu'une partie s'abstienne de révéler extérieurement sa volonté, et en raison même de cette abstention,* — en dehors de tout texte légal et de toute stipulation des parties — *à l'existence d'une volonté productive d'effets juridiques?*

Voilà l'esprit dans lequel nous entreprendrons notre étude.

II. — **Fonctions diverses du silence.** — Tout d'abord remarquons que le silence absolu, le *nudo silenzio* est extrêmement rare et ne se rencontre que dans les états qui impliquent par eux-mêmes l'absence de toute manifestation consciente de volonté : sommeil, léthargie, hypnose.

Hors de ces situations exceptionnelles, l'homme n'est jamais silencieux en ce sens que constamment il manifeste une volonté : fût-il immobile, assis ou couché, il manifeste au moins celle de rester immobile, assis ou couché.

D'autre part, la société n'est qu'un réseau de droits et

(1) Rossel, *Droit Fédéral des obligations*, § 21, p. 39.

d'obligations, de devoirs et responsabilités qui se croisent. C'est dire qu'à chaque instant de la vie nous sommes assaillis par une foule de situations qui demandent des réponses. Or, quoi que nous fassions, lorsque nous manifestons une volonté donnée, nous ne répondons qu'à une ou tout au plus qu'à un nombre restreint de ces demandes ; à l'égard de toutes les autres, nous nous taisons. Alors donc que l'homme le plus taciturne et le plus indolent, dès qu'il veille ne se tait jamais, réciproquement l'homme le plus prolixe et le plus remuant, à toute heure du jour, reste constamment silencieux ; si bien qu'à ce point de vue nous pourrions dire que la vie de M. Jaurès lui-même, n'est qu'un perpétuel silence.

Le silence donc ne saurait être envisagé isolé, et nous ne pouvons l'étudier que précisément en regard de situations qui demandent des manifestations de volonté.

Or l'acte juridique type qui appelle une réponse, c'est-à-dire une manifestation de volonté, est incontestablement l'offre, notre thèse sera donc avant tout l'étude du silence du destinataire d'une pollicition. Mais il va de soi qu'il est une foule d'autres hypothèses où il serait permis légitimement de s'attendre à ce qu'une partie exerce une activité donnée ; si elle s'abstient de l'exercer, que vaudra son silence ?

C'est cette brève étude, englobant nécessairement un certain nombre d'hypothèses disparates (toutes celles où le silence joue un rôle autre que celui de créateur d'obligations contractuelles) que nous croyons devoir traiter ici.

a) *Silence conservateur.* — Dans un premier groupe de cas, le silence joue un rôle essentiellement passif. N'est-il pas, lorsqu'on a déjà exprimé une volonté donnée, le moyen le plus simple de montrer qu'on n'a pas changé d'avis ?

Ainsi, *toutes les fois qu'une volonté aura été manifestée*

fictivement ou réellement, le silence par la suite signifiera la non intention de modifier l'état de choses existant.

Dans nombre d'hypothèses en effet, la loi, allant au devant des intentions des individus, leur attribue d'office et sauf manifestation contraire, certaines volontés. Dans ce cas, le silence signifiera adhésion aux dispositions légales.

Le fait par exemple, en se mariant, de ne pas choisir de régime matrimonial, vaudra adoption de la communauté légale. Et le mari tant qu'il ne le révoquera pas expressément, sera censé maintenir sa femme dans son mandat tacite. De même enfin, laisser dans une convention plusieurs points non réglés équivaut à se référer sur ces points aux usages.

D'autre part, même dans le domaine des conventions, et quand il y aura eu déjà manifestation de volonté, il est une foule d'actes qui sont révocables (offres faites sans fixation d'un délai minimum pour leur retrait, vente à réméré, testament, etc.) ; le silence alors signifiera la volonté de maintenir l'offre, de ne pas exercer le droit de rachat, de ne pas révoquer le testament.

A vrai dire, dans toutes ces hypothèses, le rôle du silence est extrêmement effacé, il se borne à ne pas défaire ; aussi pourrions-nous l'appeler le silence *conservateur d'actes.*

b) *Silence destructeur.* — Toute une étude serait à faire sur le rôle du silence destructeur. Il ne nous appartient que de l'esquisser.

On peut concevoir le silence ou plutôt l'inactivité du titulaire d'un droit sous deux formes : ou bien celle d'un simple non usage, ou bien celle de l'absence consciente de protestation en présence d'un acte contraire à ce droit (*scientia et patientia* des Romains).

Doit-on attribuer à ces attitudes un pouvoir général destruc-

teur ? La réponse ne saurait être que négative ; car en principe la renonciation à un droit, si elle peut être tacite (1), ne se présumant point, le silence du titulaire de ce dernier ne saurait à lui seul entraîner son extinction.

Le législateur toutefois, sous le nom de prescriptions et de déchéances, a créé des formes d'extinction des droits qui consistent dans de semblables inactions, procédant les unes et les autres, à divers degrés, de deux idées différentes : une idée d'interprétation de volonté sous la forme d'une présomption légale de renonciation, et une idée d'arbitraire législatif se résolvant parfois en une sorte de peine, découlant de la nécessité sociale de priver de son droit celui qui ne l'exerce point dans un certain délai et dans certaines conditions.

En un simple non usage se résout la prescription extinctive qui aboutit à entraîner la disparition de la presqu'unanimité des droits si leur titulaire s'abstient de les exercer pendant un temps plus ou moins long.

En ce qui concerne le droit de propriété et certains de ses démembrements, cette simple inactivité ne saurait suffire pour en déterminer l'extinction : l'usucapion, vue du côté du propriétaire dépossédé, s'analyse en effet de plus dans la tolérance consciente par lui d'actes contraires à son droit ; même *patientia* dans l'attitude du propriétaire d'un fonds qui laisse naître à son encontre, par son inertie, une servitude continue et apparente (art. 690, C. C.).

Sans nous attarder à ces notions élémentaires, constatons simplement que prescription extinctive et prescription acquisitive vue du côté du propriétaire dépossédé s'expliquent tout à la fois par les deux considérations que nous posions au début de notre exposé : renonciation présumée et besoin social.

(1) L'article 2221 C. C. dit fort justement que « la renonciation tacite résulte d'un fait qui suppose l'abandon du droit acquis ».

Les déchéances résultent de l'expiration d'un délai accordé par le juge, la loi (par exemple, les nombreuses hypothèses de forclusion d'actions) ou la convention des parties (multiples applications, notamment en matière d'assurances résultant par exemple du défaut de paiement des primes).

Dépouillées par le Droit moderne (art. 1029, C. Pr. C.), du caractère comminatoire que leur reconnaissait l'Ancien Droit, les déchéances doivent être distinguées des prescriptions en ce qu'elles présentent un caractère plus absolu, presque pénal, ayant pour conséquence essentielle l'impossibilité où se trouve leur bénéficiaire d'y renoncer. Aussi procèdent-elles plus spécialement de l'idée de nécessité sociale. Il ne nous semble point cependant qu'on puisse prétendre pour autant qu'elles ne se rattachent en rien à l'idée de présomption légale de renonciation : il serait aisé en tous cas de relever des textes législatifs (voir notamment l'art. 183, C. C. relatif à la forclusion de l'action en nullité de mariage) qui, établissant une déchéance, font cependant nettement allusion à une telle considération.

c) *Silence créateur d'obligations délictuelles et quasi-délictuelles.* — Il ne nous apparaît pas indispensable de faire à ce sujet une étude dont facile serait le développement.

Qu'il nous suffise de faire remarquer tout d'abord que les limites d'une telle étude sont naturellement posées, le silence étant le défaut de parole, par le domaine que nous assignerons à cette dernière.

Si nous lui donnons le sens le plus large de toute activité, il va de soi qu'il y aura silence créateur d'obligations délictuelles dès qu'un particulier s'abstiendra d'effectuer un acte, ou de remplir une formalité dans les hypothèses — assez rares d'ailleurs — où la loi pénale en sanctionne l'omission : citons par exemple le défaut de déclaration de naissance (art. 346,

C. P.). De bons esprits proposent de faire une part beaucoup plus large au silence-délit par l'adoption de l'intéressante théorie de la commission par omission (1). Nous ne saurions nous attacher à discuter cette théorie comme sortant trop des limites de notre étude : bornons-nous à noter qu'en l'état actuel de notre droit on ne saurait l'appliquer qu'avec une extrême circonspection.

Rares en matière délictuelle, les obligations de faire sont au contraire multiples dans la vie civile : l'inactivité de la personne obligée entraînera dès lors à son encontre la naissance d'obligations quasi-délictuelles. C'est ainsi que pourra parfois constituer un quasi-délit le silence *stricto sensu*, c'est à dire le défaut de révéler tel ou tel fait : le vendeur qui omet de signaler les vices cachés de la chose vendue (art. 1645, C. C.), le notaire qui, négociant un placement hypothécaire s'abstient de dévoiler au prêteur la situation véritable de l'emprunteur, s'exposent à une condamnation pécuniaire (2). Silence encore, d'un autre genre, et susceptible d'entraîner, avec le divorce, l'allocation à la femme de dommages-intérêts, que le refus systématique de la part du mari d'accomplir le devoir conjugal (3). Comme nous venons de le dire d'ailleurs le silence quasi-délit, loin d'être réduit à de telles hypothèses, peut se rencontrer dans un nombre immense de cas : dès qu'il y a inexécution d'une obligation de faire.

(1) V. Maurice Gand. *Du délit de commission par omission*, Thèse Paris, 1900, et le compte rendu qu'on a donné M. Lerebours-Pigeonnière dans la *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 716. Voir aussi l'article de M. Paul Appleton dans la *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1912, pp. 593-907.

(2) Voir d'autres applications dans Saleilles. *De la déclaration de volonté*, pp. 54-55.

(3) Arrêt de la Cour de Dijon du 27 février 1907 (S. 07. 2. 64), nonobstant que dans l'espèce l'époux justifiat son abstention par une excuse à première vue péremptoire : la présence de sa belle-mère sous le toit conjugal.

d) *Valeur probatoire du silence.* — Le rôle du juge est de déterminer les droits de chacun : pour ce faire, les droits étant d'essence subjective et non perceptibles directement, il doit tirer des déductions d'un certain nombre de considérations de fait qui ont nom : preuves.

Ces considérations variant à l'infini, il est aisément concevable qu'elles puissent résulter du silence de l'un des plaideurs : ce qui pourra se réaliser pratiquement par l'inactivité d'une partie en présence d'un acte contraire à son droit (1) ou son mutisme en présence d'une affirmation qui le contredit.

Une telle conduite est en effet peu normale et laisse légitimement présumer la non-existence du droit de la personne silencieuse.

Est-ce à dire que cette dernière doit être en principe déclarée non titulaire du droit? Non, car ce serait poser une règle générale qui se pourrait formuler : « Qui ne dit rien avoue », et dire que le silence peut constituer un aveu. Or il est universellement admis que l'aveu ne peut résulter que d'une déclaration, et implique une manifestation extérieure et positive de volonté (2). Le silence en principe ne peut tenir lieu d'aveu.

A cette règle d'ailleurs, la loi apporte une façon de dérogation en cas de silence sur injonction de parler faite par le juge : de cette idée découlait en Droit romain le principe de l'*in jure cessio* et de la *manumissio libertatis*. Nous croyons

(1) A noter que nous avons étudié déjà, indépendamment de sa valeur comme preuve, la portée intrinsèque d'une telle attitude, au sujet du silence-destructeur.

(2) Cass., 20 mars 1832, D. R., v° Oblig., n° 5072 ; Limoges, 22 janvier 1836, S. 36, 2.132. Aubry et Rau, 4e édit., t. VIII, § 751, p. 168 ; Garsonnet, *Traité de Proc. Civ.*, t. II, § 270 ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de Dr. civil*, t. II, n° 1295.

pouvoir y rattacher dans notre Droit la règle posée par l'art. 330 C. Pr. C. décidant que les juges ont un pouvoir discrétionnaire pour tenir comme avérés « les faits sur lesquels la partie ne comparaît pas ou refuse de répondre » en cas d'interrogatoire sur faits et articles (1).

Il va de soi d'autre part que le silence, s'il ne peut en principe constituer un aveu, c'est-à-dire la preuve directe et irréfutable, est du moins susceptible d'étayer une présomption ; et à ce titre il pourra être admis pour établir la preuve d'un fait.

En matière de contrats, la preuve par témoins et *a fortiori* celle par présomptions sont rendues impossibles au-dessus de 150 francs par l'interdiction posée par l'art. 1341 C. C. Mais dans les hypothèses où cette prohibition est écartée (art. 1347 et 1348 C. C. et en matière commerciale), rien ne s'oppose à ce que le magistrat, entièrement libre sur le choix des moyens propres à déterminer sa conviction, ne tire du silence d'une partie la présomption de l'existence d'un contrat antérieur (2).

En vertu de cette idée, il a été jugé à plusieurs reprises que le défaut de réponse à une lettre confirmative d'un marché suffisait à prouver la réalité dudit marché, que ce dernier ait été verbal (3) ou pris sous forme d'ordre par un commis

(1) C'est en revanche à une idée de déchéance qu'il convient de rattacher selon nous la règle posée par l'article 252, § 2, C. Pr. C., malgré la forme de la rédaction de cet article.

(2) La distinction sur laquelle repose ce raisonnement est fort bien posée dans Cass. 19 avril 1842 (S. 42. 2. 234) : le silence gardé par une partie sur les allégations de son adversaire ne peut être considéré comme un aveu. Toutefois les juges peuvent prendre en considération le défaut de contradiction comme faisant partie des documents de la cause qu'il leur appartient d'apprécier.

(3) Trib. comm., Marseille, 3 mai 1905, *Rec. Marseille* 05. 1. 276 ; Trib. comm., Nantes, 19 mai 1906, D. 08. 2. 313, av. note Valéry.

voyageur (1). Le juge a même pu se contenter parfois, en pareille hypothèse, de la réception sans protestation des marchandises, objets du contrat prétendu (2), ou de la réception de la facture et de la lettre d'avis du chemin de fer sans signifier un laissé pour compte (3).

Encore ne faudrait-il pas s'exagérer la portée de telles décisions : des circonstances de fait les inspirèrent, et d'autres circonstances de fait ont pu faire aussi bien que des juges, en des hypothèses à première vue identiques, aient paru poser des principes radicalement contraires. Ainsi le Tribunal de commerce de Marseille a-t-il pu décider que le fait par un commerçant de ne pas répondre à une lettre concernant une vente verbale prétendue convenue entre les parties ne peut équivaloir à une preuve de la réalité de la vente (4) ; de même la Cour de Bordeaux, dans un arrêt du 27 juin 1902 (5), posait en principe que la simple réception sans protestation d'une facture ne suffit pas à établir l'existence du marché auquel elle se réfère ; dans un récent arrêt enfin, la Cour de Montpellier jugeait que le silence du destinataire d'une lettre lui confirmant un ordre pris sur lui ne suffisait pas pour établir la réalité de cet ordre (6) ; et l'arrêt de souligner fort justement combien l'adoption d'une solution inverse serait dangereuse eu égard à la facilité extrême avec laquelle, en raison

(1) Trib. comm., Havre, 2 mai 1894 et 6 janv. 1897, *Rec. Havre*, 94. 1. 123, et 97. 1. 62 ; Trib. comm., Béthune, 18 nov. 1898, *Rec. Havre*, 98. 2. 230 ; Trib. comm., Havre, 6 avril 1898, *Rec. Havre*, 98. 1. 187. V. 4e Table quinquennale, *Gaz. Pal.*, vo Vente commerciale, nos 36-41.

(2) Paris, 6 août 1903, *Journ. Trib. comm.*, 04. 345.

(3) Trib. comm., Havre, 12 déc. 1892, *Rec. Havre*, 92. 1. 15.

(4) Trib. comm., Marseille, 10 oct. 1882, *Gaz. Pal.*, 83. 2. 336.

(5) *Rec. Bordeaux*, 02. 1. 348.

(6) Montpellier, 22 juillet 1904, D. 05. 2. 296.

de la concurrence très vive, les commis voyageurs, ceux en vins surtout, prennent ou croient prendre souvent les commissions... sur l'enseigne !

L'absolue contradiction de ces décisions avec celles susénoncées ne saurait nous surprendre. Quelques ressemblanees que présentent en effet les hypothèses que nous venons de voir avec celles que nous examinerons longuement lors de l'étude du silence-acceptation (1), n'oublions point que, sans chercher à dégager la valeur intrinsèque du silence, nous nous sommes attachés seulement ici à sa valeur probatoire; nous étions donc en matière de preuve par présomptions, où le magistrat, devant avant tout juger d'après son intime conviction, ne saurait sans danger se voir imposer une ligne de conduite rigide.

***

Mais il y a plus : et ce défaut, au moins apparent, d'unité et d'harmonie que nous venons de relever à l'orée, si nous osons dire, de notre étude, nous ne cesserons de le retrouver plus loin. Dans une matière aussi intimement liée aux faits que celle qui fait l'objet de notre thèse, point de corps de doctrine compact, point de ces belles évolutions juridiques telles que nos modernes juristes s'attachent à les dégager avec un soin jaloux. Si bien que, d'une part, le domaine du silence, en l'absence d'une théorie traditionnelle sur la question, paraît avoir aujourd'hui des limites singulièrement imprécises, et

(1) Pour prendre un exemple précis, on ne saurait méconnaître cependant la diversité des problèmes juridiques qui se posent selon qu'un tiers a gardé le silence en présence d'une lettre contenant une offre ou simplement le rappel d'un contrat prétendu antérieurement passé.

quand, au milieu du fouillis d'espèces y faisant allusion de près ou de loin, nous serons parvenus à établir une classification quelconque, là encore nous devrons constater d'innombrables contradictions.

C'est pourquoi nous avons cru devoir ne point adopter la méthode plus logique qui consisterait à résumer tout d'abord les données de la pratique pour dégager seulement ensuite la théorie du silence. Édifiant d'abord cette dernière, après lui avoir assigné sa place dans la théorie des obligations, nous ajournerons à une dernière partie l'étude de la jurisprudence.

PREMIÈRE PARTIE

SITUATION DU PROBLÈME DU SILENCE DANS LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS

Dans quelle mesure le silence peut-il jouer un rôle dans la formation des conventions? Pour poser nettement le problème, il nous paraît nécessaire de reprendre brièvement la genèse du contrat, envisagé spécialement comme conséquence juridique du consentement, son élément essentiel.

Nous ne saurions, en effet, au moins d'une façon générale, nous rallier à cette théorie séduisante, éclose dans les brumes de la Germanie, de la volonté unilatérale-source d'obligations contractuelles. Inconciliable avec les principes de notre Code, elle constitue l'un de ces procédés élégants et subtils grâce auxquels le juge, inspiré par une doctrine hardie, parvient à faire vivre une société moderne sous une législation trop vieille pour elle. Intrinsèquement parlant, de tels procédés sont un mal, nécessaire sans doute : que la responsabilité en retombe sur la tête d'un législateur dont il serait banal de souligner, après tant d'autres, la fiévreuse inertie. Quant au juriste soucieux de la tradition, il lui appartient, non point de s'y opposer, car il faut vivre avec son temps, mais seulement

de se voiler la face tandis que le praticien violente quelque peu les principes : « *Fate, ma fate presto.* »

Pieusement fidèle, pour notre part, aux doctrines classques puisées par Pothier chez les jurisconsultes romains et sanctionnées par notre Code, nous nous en tiendrons aux principes séculaires admis par la quasi-unanimité de notre doctrine.

Tant qu'il n'y a pas concours de volonté, il n'y a pas consentement : il ne peut pas y avoir contrat. Et non seulement une partie ne peut, de par sa seule volonté, obliger un tiers, mais — nonobstant la rédaction vicieuse et maintes fois critiquée par les auteurs de l'article 1108 C. C. (1) — on ne saurait admettre la création d'une obligation par la seule volonté du débiteur. N'est-ce point l'occasion de rappeler à ce propos le passage si souvent cité de Pothier : « De même que je ne puis pas, par ma seule volonté, transférer à quelqu'un un droit sur mes biens, si sa volonté ne concourt pas pour l'acquérir, de même je ne puis pas, par ma promesse, accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concourre pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse (2) » ou celui, si frappant, de Larombière : « Une offre inacceptée est un acte stérile, impuissant à transférer aucun droit, et une acceptation sans offre préalable est une chose impossible, absurde, qui ne répond à rien ? (3) »

Nous aurions d'ailleurs mauvaise grâce à ne pas reconnaître que dans certains cas très spéciaux il n'y ait abandon partiel de ces principes rigoureux, et partant admission, à titre

(1) «... Le consentement *de la partie qui s'oblige...* »

(2) Pothier, Obligations n° 4, al. 2.

(3) Larombière, t. I, p. 6.

exceptionnel de la théorie de la volonté unilatérale-source d'obligations.

N'était-ce point le cas déjà en droit romain, en matière de promesses faites à un dieu ou à une cité (1) ?

Et dans notre Droit, sans s'attacher aux cas controversés, il est facile de relever une ou deux exceptions indéniables au principe général.

La première en matière d'offres de concours volontaire faites à l'Administration, qui présentent cette particularité qu'elles sont obligatoires avant d'avoir été acceptées (2).

Une seconde consiste dans l'obligation imposée à tout auteur d'une pollicitation faite avec fixation d'un délai pour l'acceptation de maintenir son offre pendant le délai qu'il s'est lui-même imparti. Qu'on admette en effet que le pollicitant soit lié par son offre même, ou par son offre de maintenir son offre, il n'en est pas moins vrai qu'il y a là adoption partielle de la théorie de la volonté unilatérale, source d'obligations (3).

Mais quoi qu'il en soit, le principe subsiste : il ne peut y avoir consentement qu'autant qu'il y a concours de la volonté des parties dans un même but juridique (4).

Comme le dit fort bien M. Planiol : « ..... Il faut que la volonté de contracter revête une forme particulière permettant d'en connaître l'existence..... Ce n'est pas la simple coexistence de deux volontés internes qui constitue le con-

(1) Cfr. René Worms. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations*, pp. 65, 73, 81.

(2) Planiol, 3e édit., t. II, p. 324 § 951 et p. 330 § 970. — Dalloz. *Lois politiques et administratives*, t. III, p. 673, nº 10119. — D. P. 85. 3. 54 et note 2. — Conseil d'État, 3 août 1900. S. 1903. 3. 13.

(3) Théorie soutenue par M. Hémard à son cours. Voir *infra*, p. 38.

(4) Demolombe, XXIV, § 45. — Laurent, XV, § 468. — Baudry et Barde. Oblig. I. § 27. — Planiol, II, § 969.

trat : il faut que ces volontés se manifestent dehors, qu'elles soient échangées. Tant qu'elles restent à l'état de volitions, sans se connaître et sans se joindre, il n'y a rien de fait (1). » Et M. Valéry : « La simple intention ..... est radicalement nulle en droit, et ne peut produire aucun effet, si précise et si formelle qu'on la suppose ..... (2) »

Ce qu'il faut donc tout à la fois, c'est un concours de volontés et la manifestation desdites volontés.

Comme le dit fort bien l'article 1 du Code fédéral des Obligations: « Il n'y a contrat que si les parties ont manifesté d'une manière concordante leur volonté réciproque. »

Ce sont là, dira-t-on, des vérités évidentes. Et les Allemands n'ont-il pas « quelque peu perdu leur temps » lorsqu'ils ont substitué à l'expression classique de « consentement » celle de « déclaration de volonté » dont ils se servent dans leur nouveau Code civil ?

Nous ne le croyons point. Car ce sont là des principes trop souvent oubliés ainsi que nous aurons l'occasion de le voir dans la suite de notre étude.

Cette double manifestation de volonté dont la combinaison va constituer le consentement se présente sous la forme d'une offre et d'une acceptation.

Et à vrai dire, entre ces deux notions, il n'est pas de différence substantielle. Le pollicitant peut être indifféremment le futur créancier, ou le futur débiteur. Une seule différence sépare l'offre de l'acceptation : c'est l'ordre chronologique dans lequel elles se produisent. Chacune d'elles, nous le savons, tant qu'elle reste isolée n'a aucun caractère obligatoire, et n'a de valeur juridique qu'en ce sens que combinée avec une mani-

(1) Planiol, t. II, 3e édit., p. 329, §. 970, texte et note 3.

(2) Valéry. *Contrats par correspondance*, § 82.

festation de volonté correspondante émanant d'un tiers, elle peut engendrer une convention. De ces deux manifestations de volonté, la première en date se nomme « offre » la seconde « acceptation ».

Pour la commodité de notre étude, nous examinerons séparément quel peut être dans chacune d'elles le rôle du silence.

CHAPITRE PREMIER

Du rôle du silence en matière d'offre

SECTION I. — Émission de l'offre

Liberté entière est laissée en principe aux parties en ce qui concerne la forme de la pollicitation. Qui viendrait aujourd'hui encore évoquer le fantôme du « *Spondesne* » ?

A vrai dire, le plus souvent, l'offre intervient sous la forme d'une proposition écrite ou verbale formulée directement et en termes précis. L'offre est alors dite expresse. Multiples sont les formes de telles offres, adressées tantôt à personnes déterminées, tantôt au public ; signalons parmi ces dernières, en raison du développement de la publicité, l'extension sans cesse croissante des propositions de marché par affiches, imprimés distribués dans les rues, annonces dans les journaux. N'est-ce pas d'innombrables pollicitations, souvent formulées dans un style impératif, que sont émaillés les murs de nos cités et les dernières pages des quotidiens ?

Celui qui répond à l'une de ces offres, par un ordre d'expédition aux conditions faites, conclut un marché qui devient

aussitôt obligatoire pour les parties, sans qu'aucune puisse désormais sans le consentement de l'autre y introduire quelque modification.

Ces principes, indiscutés en doctrine, ont été d'ailleurs maintes fois sanctionnés par la jurisprudence avec la plus grande netteté : citons notamment un jugement du Tribunal de commerce de Nantes du 25 mars 1905 (1), et un arrêt souvent cité de la Cour de cassation de Bruxelles du 19 novembre 1900 (2).

Toutefois il est aisé de comprendre que dans certains cas, il sera possible de faire des offres sans qu'il soit besoin d'utiliser la parole ou l'écriture. Ces hypothèses seront celles où un acte déterminé, quoique ne constituant point un mode usuel et normal de pollicitation, aura socialement la signification d'une offre. On la qualifiera alors d'offre tacite. Il y aura par exemple dans le fait de faire stationner un fiacre sur une place publique une offre tacite de transporter aux tarifs usuels tous les voyageurs qui se présenteront ; offre tacite encore dans le fait d'exposer dans une devanture des objets munis d'une étiquette en indiquant le prix ; de même enfin un entrepreneur de transport qui transporte journellement des marchandises à un prix et sous des conditions déterminées par un tarif, par exemple les Compagnies de chemin de fer dont les tarifs sont homologués par le Gouvernement, adressent au public une pollicitation permanente. Aussitôt donc que le particulier adhère à ces offres, le contrat sera parfait ; et le marchand qui se refuserait à livrer sa marchandise, l'entrepreneur de transport qui se refuserait à effectuer le dit transport au prix

(1) *Rec. Nantes*, 05. 1. 417.

(2) D. 02. 2. 356. L'arrêt d'Anvers du 13 janvier 1906 (D. 06. 5. 32) ne décharge le pollicitant de son obligation que pour des raisons de fait, spécialement le défaut de précision de l'offre.

et aux conditions offertes, s'exposeraient à être condamnés à des dommages-intérêts (1). Multiples sont les exemples analogues. C'est ainsi que le locataire qui reste en possession des lieux loués après l'expiration de son bail est considéré comme faisant une offre tacite de renouveler ledit bail aux mêmes conditions. De même enfin gérer les affaires d'autrui équivaut à s'offrir à être son mandataire.

C'est que dans ces divers cas l'offre est sans doute sommaire, mais n'en est pas moins précise, extériorisée dans des actes dont chacun est à même de comprendre la portée et la signification.

Convient-il d'aller plus loin, et de construire une notion de pollicitation par le silence ?

Une réponse négative s'impose. Nous verrons plus loin que de bons esprits ont pu voir avec quelque apparence de raison dans le silence un mode d'acceptation ; mais comment y voir une proposition ? Ce serait une idée dénuée de sens. Comment en effet concevoir une pollicitation indépendamment d'une expression de la pensée en l'absence de laquelle rien ne permettrait de la saisir (2) ?

Ce n'est que par suite d'une illusion d'optique qu'on pourrait voir parfois une offre dans le silence.

Supposons par exemple que j'accompagne dans plusieurs magasins un individu, et que je le laisse, en ma présence et sans émettre de protestation s'engager en mon nom. Il est indiscutable que je serai lié à l'égard des commerçants (3).

(1) Pour le marchand : Trib. comm. Seine, 5 janvier 1869. D. 69. 3. 14 ; pour le transporteur : Aix, 8 février 1853. D. 55. 2. 329 ; S. 53. 2. 251 ; pour le conducteur d'une voiture publique : Paix, XIVe arrondissement, Paris, 5 janvier 1882. D. 82. 3. 110.

(2) En ce sens Valéry. *Contrats par correspondance*, § 85.

(3) Cfr. Raneletti, *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 1892, pp. 32 et 33 ; Dernburg, *loc. cit.*

Pour prendre un exemple analogue emprunté à la jurisprudence française, il a été jugé (1) que les personnes qui accompagnent un candidat chez un imprimeur et assistent à la commande de ses imprimés électoraux doivent être considérées comme s'engageant tacitement à en acquitter les frais, alors surtout qu'elles font par la suite ouvertement campagne en faveur dudit candidat et que ce dernier est notoirement insolvable.

Il y a ici incontestablement offre tacite. Mais quelle en est la base? Est-ce le fait que les tiers n'ont pas protesté contre l'usage abusif fait de leur nom ? Non assurément : c'est bien plutôt la présence à l'imprimerie, la conduite ultérieure de ces mêmes personnes, combinées avec une situation de fait qu'il appartenait au Tribunal d'apprécier.

Quant au silence, à la non protestation, ils ne jouent ici que le rôle déjà étudié de conservateur d'acte, en ce sens que par une déclaration expresse les tiers pouvaient toujours, tant que le marché n'était pas définitif, se délier de l'engagement pris implicitement par eux. Ils ne l'ont point fait. Ainsi ont-ils laissé parfaire leur engagement. Leurs actes seuls ont donc eu un effet créateur. Quant au silence, il s'est borné à assurer le maintien de l'offre.

SECTION II. — Maintien de l'offre

Comme nous l'avons, en effet, indiqué déjà (2), le silence est le moyen le plus simple de marquer sa volonté de maintenir un acte révocable.

Or, parmi ces derniers, nous trouvons au premier chef

(1) Trib. paix, Paris, 18 juin 1897, *Gaz. Trib.*, 9 juillet 1897.

(2) *Supra*, pp. 19 et 20.

l'offre. Si bien que nous pouvons poser ces deux principes :

1° Toute offre est révocable *ad nutum ;*

2° Le fait de garder le silence, après avoir émis une pollicitation, vaut le maintien de cette dernière.

A vrai dire la jurisprudence a doublement enfreint ces principes rigoureux :

1° Elle a admis que l'offre faite avec fixation d'un délai pour l'acceptation était irrévocable (1).

Comment expliquer cette solution ? Par l'idée de faute, comme Pothier ? Mais ne serait-ce point résoudre la question par la question ? Par l'idée d'une offre de maintenir l'offre existant à côté de la pollicitation principale (2)? N'est-ce pas reculer la difficulté sans la résoudre ? Nous préférons, comme le fait M. Hémard à son cours, voir ici une admission partielle de la théorie de la déclaration unilatérale, source d'obligations (3). Ainsi la jurisprudence a voulu, par une interprétation quelque peu hardie, exprimer tout le contenu de l'offre, et lui faire produire tous les effets que celui à qui elle est adressée peut en attendre et que doit, s'il est de bonne foi, lui attacher son auteur. Pourrions-nous l'en blâmer?

2° Le silence de l'offrant n'est point un gage certain du maintien de l'offre ; étant donnée une offre, et les délais fixés pour l'acceptation n'étant pas encore expirés, même en admettant que le pollicitant garde le plus rigoureux silence, il est des

(1) Nous pouvons rattacher à cette solution celle en vertu de laquelle, en matière commerciale, celui qui fait une offre est considéré comme s'engageant à ne pas la retirer avant l'expiration du délai nécessaire pour que celui à qui elle est adressée puisse y répondre. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, t. III, § 15 ; Demolombe, t. XXIV, § 66 ; Cfr. CC. allemand, art. 319, § 1 ; autrichien, art. 315, § 1 ; fédéral des obligations, art. 5, § 1. Solution inverse en matière civile : Baudry et Barde, *Oblig.*, t. I, § 31 ; Demolombe, *loc. cit.*, § 63.

(2) Voir Planiol, t. II, § 983.

(3) Voyez *supra*, p. 3. Cfr. Worms, *Volonté unilatérale*, p. 177.

hypothèses où l'offre doit être considérée comme tombée (1) totalement ou partiellement. C'est ainsi qu' « une hausse brusque et imprévue, sur la marchandise qui fait l'objet de l'offre, dégagerait suffisamment le vendeur de toute obligation, sans même qu'il ait besoin de retirer ses offres expressément (2). » Toute acceptation postérieure à cette circonstance imprévue n'aura que la valeur d'une contre-proposition.

De même la vente à un tiers de l'objet de l'offre, dans l'intervalle entre cette dernière et l'acceptation, entraînera — s'agît-il de choses fongibles — l'anéantissement de la pollicitation.

M. Valéry explique cette extinction par une idée de retrait tacite de l'offre, partiel ou total. Devons-nous y souscrire ? Il ne nous semble point. On conçoit difficilement en effet la possibilité d'un retrait en dehors de toute manifestation d'activité, directe ou indirecte, s'adressant au destinataire de l'offre. Or ici le pollicitant peut rester strictement silencieux à l'égard du destinataire de l'offre (3) ; et spécialement dans l'hypothèse de survenance d'une hausse subite, la ruine de la pollicitation résulte de circonstances entièrement étrangères à lui.

Le retrait tacite se réduirait donc ici à la mesure d'un retrait présumé résultant de ce qu'il y a tout lieu de croire qu'en l'état des choses l'offrant n'a pas persisté dans sa volonté première. A quoi bon cette notion subtile ? Bien mieux inspiré est M. Valéry lorsque, quelques lignes plus loin, il laisse entendre que l'extinction de l'offre doit s'expliquer par une

(1) Cfr. Valéry, *loc. cit.*, § 227, 228.

(2) *Ibidem*, § 227. Couétoux : *Des achats et ventes de marchandises*, p. 61.

(3) Tout au plus s'expose-t-il à des dommages-intérêts si, une acceptation intervenant ultérieurement, il n'informe pas immédiatement son auteur de l'impossibilité où il est de le satisfaire. Cfr. Valéry, § 229.

condition résolutoire tacite, idée empruntée à Pollock (1). Toute pollicitation doit donc être considérée comme accompagnée de cette clause sous-entendue : « L'acceptation, pour être efficace, devra parvenir à ma connaissance avant que le contrat ait été conclu avec une autre personne ou que soient survenus des événements fortuits ayant pour conséquence de modifier profondément les conditions du marché. »

Quoi qu'il en soit, et pour résumer tout ce que nous venons de dire, le silence, impropre à constituer une offre, constitue pour le pollicitant, dès qu'il a formulé cette dernière, le moyen le plus simple, le procédé type de marquer sa volonté de la maintenir.

De notre digression toutefois, relativement à ce que M. Valéry appelle le « retrait tacite de l'offre », retenons ceci :

C'est dans le contenu de l'offre que nous avons trouvé la solution du problème. Souvent, par la suite, il nous arrivera encore de « remonter de la mare à la source », et de chercher dans la manifestation de volonté primitive la solution des difficultés qui pourront se présenter plus tard. N'est-ce pas un aveu d'impuissance que de résoudre un problème en faisant intervenir l'autorité d'adages que nul texte n'a jamais sanctionnés et dont l'application en la matière est purement arbitraire, et de faire de telle notion vague, comme le silence, un « *deus ex machina* » survenant au bon moment, procédé aussi facile qu'inélégant pour justifier aisément des solutions de fait d'une équité incontestable? L'éternelle discussion même sur la date et le lieu de formation des contrats par correspondance ne pourrait-elle se résoudre par l'étude approfondie du contenu de l'offre (2) ?

(1) Pollock. *Principles of contract*, ch. v (1re édit.), pp. 176 et suiv.

(2) Voir M. Hémard. *Cours de Droit Civil*.

CHAPITRE II

Du rôle du silence en matière d'acceptation

SECTION I. — Silence-refus

Une première idée apparaît à l'instant : qui est celle que le silence du destinataire de l'offre équivaut à son refus.

Sortez dans la rue : aussitôt vous êtes assaillis par des myriades d'offres qui se pressent autour de vous : c'est le crieur de journaux qui clame à vos oreilles sa bruyante pollicitation ; ce sont les étalages, les affiches ; c'est l'air d'attente du cocher de fiacre ou du brosseur engageant, l'allure provoquante de promeneuses maquillées arpentant l'asphalte ou installées à la terrasse d'un café, toutes attitudes constituant autant d'offres qui, pour être tacites, n'en sont pas moins expressives ; si vous passez indifférent et muet au milieu de ces propositions multiples, vous marquerez par là votre volonté de vous refuser à lier aucun rapport de droit.

C'est, qu'en effet, en matière d'offres faites avec fixation d'un terme pour l'acceptation, l'expiration du délai opère de plein droit le retrait de l'offre. Toute acceptation postérieure

ne vaudrait plus que comme une proposition nouvelle adressée au pollicitant primitif (1).

Or, il n'est pas d'offre qui soit éternelle. Et à défaut du terme exprès ou fixé par l'usage, elle s'éteindra toujours par la mort de son auteur (2). Le silence du destinataire conservé jusque-là vaudra donc refus.

La durée exigée de ce silence est d'ailleurs infiniment variable.

Lorsque la lettre par laquelle la proposition est faite renferme ces mots « Répondez télégraphiquement si mon offre vous convient », le contrat ne se formera pas si le télégramme qui contient l'acceptation n'est pas expédié le jour même de la réception de la lettre (3).

Solution analogue toutes les fois qu'en vertu des usages le destinataire de la proposition doit se prononcer dans un certain délai. Par exemple dans les commerces où les variations de cours sont fréquentes, il est aisé de comprendre que les réponses des acheteurs devront intervenir dans un très bref délai : dans le commerce des vins de Bordeaux par exemple, ce délai ne saurait dépasser vingt-quatre heures (4);

(1) De la part de l'agent d'une société par exemple, il a été jugé que le défaut de réponse à une demande, par lettre, d'actions équivaut à un refus. Paris, 10 août 1850, D. 52. 2. 197, et 17 avril 1852, D. 52. 5. 381.

(2) En Allemagne, la mort du pollicitant n'éteint pas l'offre (art. 130, § 2) ; mais en revanche cette dernière tombe dès qu'est passé le temps normalement suffisant pour y faire parvenir une réponse (art. 147. *Id.* Code Fédéral, art. 5, § 1).

(3) Lyon, 25 juin 1867. S. 68. 2. 183 ; D. 67. 2. 194.

(4) Bordeaux, 29 janvier 1892. D. 92. 2. 390. Autre exemple de fixation de délai résultant des circonstances dans : Cass., 28 février 1870. D. 71. 1. 61 ; S. 70. 1. 296. Ainsi la jurisprudence française, par la force des choses, s'est trouvée amenée à sanctionner des principes analogues à ceux posés par l'article 147 du C. C. allemand, plus conformes aux nécessités du commerce moderne, en imposant aux particuliers une réponse rapide aux offres.

il ne peut excéder, en matière de ventes commerciales sur échantillons « le temps moral nécessaire pour répondre (1) ».

Il est une hypothèse enfin où le terme laissé pour la réponse est singulièrement bref : lorsqu'il s'agit de contrat entre présents. Nombre de législations posent en effet qu'entre présents sauf conventions contraires l'offre tombe si l'acceptation n'a pas lieu immédiatement (2). Il n'existe pas dans nos Codes de solution analogue, mais on ne saurait guère soutenir raisonnablement qu'une offre verbale inacceptée sur le champ reste toujours valable en principe : ce serait violer presque sûrement l'intention de l'offrant. Disons donc que si le pollicitant n'accorde pas un délai pour répondre au destinataire de l'offre, on ne saurait considérer le silence de ce dernier que comme un refus (3).

Il est un point tout au moins sur lequel nous ne serons pas contredits : c'est qu'en matière de contrat entre présents le silence, s'il n'est pas nécessairement un refus, n'est en tous cas jamais une acceptation, à moins d'une stipulation expresse en ce sens.

Il est bien entendu en effet qu'en vertu du principe de la liberté des conventions, il est parfaitement loisible aux parties d'attribuer à telle attitude, à telle contenance, les conséquences juridiques qu'il leur plaira : ainsi pourront-elles parfaitement stipuler que le silence de l'une d'elles, dans certains cas, vaudra consentement. Supposons par exemple une vente aux enchères : un amateur qui s'y trouve peut parfaitement donner à un tiers le mandat suivant : « Enchérissez pour mon

(1) Besançon, 18 mai 1893 et Req., 27 juin 1894. D. 94. 1. 432. — Paris, 12 juin 1869. D. 70. 2. 6 et Req., D. 71 1. 61.

(2) C. C. allemand, art. 147, § 1. Code Fédéral, art. 4, etc. Cfr. Baudry et Barde, t. I, p. 31, note 3.

(3) En ce sens : Lyon-Caen et Renault. *Traité*, t. III, § 19.

compte jusqu'à ce que je vous fasse signe de cesser ». Ainsi le silence de l'amateur vis-à-vis du tiers vaudra à chaque enchère nouvelle une autorisation d'enchérir plus haut.

Mais en dehors de ces hypothèses exceptionnelles, c'est sans aucun doute que nous pouvons dire que le problème du silence-acceptation ne saurait se poser en matière de contrats entre présents.

SECTION II. — Quand y a-t-il nécessité d'une acceptation expresse ?

En matière même de contrats entre absents, il est des obstacles qui, interdisant toute acceptation tacite, empêchent du même coup et *a fortiori* toute assimilation du silence à une acceptation.

Le premier obstacle est le caractère formel : dans les contrats solennels en effet, le consentement lui-même ne suffit pas : il faut encore qu'il soit constaté dans les formes légales. Tel est le cas de la donation (art. 931 C. C.), du contrat de mariage (art. 1394), de la constitution d'hypothèque (art. 2127), de la subrogation dans l'hypothèque légale de la femme mariée (loi du 23 mars 1885, art. 9), de la subrogation dans les droits d'un créancier quand elle est consentie par son débiteur (art. 1250, § 2) (1).

Un second obstacle réside dans le fait que dans certains contrats la loi, sans toutefois leur reconnaître le caractère solennel, exige un consentement exprès : il en est ainsi en matière de subrogation (art. 1250, § 1), de novation (art. 1275),

(1) Notons que pour deux de ces contrats, la loi aggrave ses rigueurs et interdit ainsi doublement toute acceptation par le silence, en ce sens qu'elle exige pour le contrat de mariage la présence effective des parties (art. 75), et pour la donation une acceptation expresse (art. 932).

de renonciation à communauté (art. 1457), de cautionnement (art. 2015). Dans d'autres hypothèses encore, le problème de l'acceptation par le silence ne saurait se poser : une lettre de change, par exemple, ne saurait être acceptée tacitement (art. 122 du C. de com.) ; un contrat judiciaire ne peut se former que par l'accord exprès des parties constaté par le juge (1).

SECTION III. — Acceptation tacite

Mais les contrats solennels ou nécessitant une acceptation expresse ne sont aujourd'hui que l'infime minorité : alors qu'aux époques archaïques l'intention de créer un lien de droit n'avait de valeur juridique qu'autant qu'elle était exprimée de façon formelle, voire même solennelle, la tendance moderne, au contraire, est de laisser la plus grande liberté aux particuliers dans la forme de la manifestation de leur volonté. La Loi civile, semblable jadis à quelque divinité bourrue soucieuse de ne laisser naître des rapports juridiques que sur une demande formelle et explicite, paraîtrait plutôt aujourd'hui — qu'on nous pardonne l'expression — quelque marchand d'obligations, désireux d'en écouler le plus possible et les distribuant avec prodigalité autour de lui, au moindre signe d'adhésion, plus ou moins caractérisé, de ses clients.

Ainsi peut-on dire en principe que, dans toute législation moderne, le désir de lier un rapport juridique avec un tiers peut s'exprimer de toutes façons : soit expressément, soit

(1) V. parmi la plus récente jurisprudence : Cass. civ., 8 août 1900, D. 05. 1. 262 ; S. 03. 1. 46 ; Req., 2 juin 1908 ; D. 08. 1. 475 ; S. 09. 1. 305, et note Tissier.

tacitement. C'est ce qu'exprime le vieil adage : *Eadem vis est taciti atque expressi consensus* (1).

A tout seigneur tout honneur : commençons par le consentement exprès : il est celui qui résulte d'actes qui ont pour but direct et exclusif d'exprimer l'acceptation : écriture, paroles, voire même signes, tels qu'une inclinaison de tête ou la traditionnelle poignée de mains; le sourd-muet peut donc parfaitement manifester sa volonté de façon expresse.

Il y aura consentement tacite, au contraire, lorsqu'il sera donné sous forme d'actes qui n'ont pas pour but, pour signification exclusive, d'exprimer un consentement, mais qui ne sauraient s'expliquer en son absence.

Le procédé type d'acceptation tacite, c'est l'exécution même du contrat proposé : ainsi l'exécution d'un mandat constituera une acceptation tacite de celui-ci (art. 1985 C. C.) ; j'accepterai l'achat du troupeau de moutons que me propose un tiers en les faisant marquer et en les enmenant dans mon écurie (2) ; si je vous demande de me prêter 100 francs, quel moyen plus simple d'accéder à ma requête que de me tendre 5 louis sans mot dire ? Combien chaque jour, dans la vie courante, de contrats qui se forment ainsi tacitement tant en ce qui concerne l'acceptation qu'en ce qui concerne l'offre : lorsque nous mettons une pièce de monnaie dans un appareil automatique, lorsque, passant devant un kiosque à journaux, nous prenons un quotidien et plaçons en échange un sou dans un tronc, ou lorsque nous montons en tramway ; dans

(1) Ce principe de l'équivalence de l'acceptation expresse ou tacite est posé expressément dans le C. Portugais (art. 648) et le C. Autrichien (art. 863). Le premier projet du C. C. allemand portait un art. 72. « La déclaration de « volonté peut se faire expressément ou tacitement », qui fut répudié par la suite en raison de son caractère trop général.

(2) Larombière, t. I, p. 11 (art. 1101, nº 11).

ce dernier cas, notamment, il a été jugé que le contrat se forme dès que le voyageur est monté sur le marchepied ou même dès qu'il a saisi la main-courante de la voiture (1).

A côté de cette acceptation *re*, très caractérisée est aussi l'acceptation tacite résultant du simple fait de réclamer l'exécution du service promis (2).

D'ailleurs on ne saurait concevoir l'établissement d'une liste immuable des cas d'acceptation tacite. Bornons-nous à signaler les quelques applications jurisprudentielles suivantes.

Nul doute que l'acceptation d'une promesse unilatérale de vente par celui qui en est le bénéficiaire ne résulte implicitement mais nécessairement de la nouvelle vente qu'il consent à un tiers de la chose qui en fait l'objet (3).

De même il a été jugé que le fait par le bailleur de remettre au locataire un écrit sur timbre portant engagement de prorogation de bail implique nécessairement chez le bailleur le consentement à la prorogation, et le fait par le locataire de faire enregistrer cet écrit démontre qu'il a entendu profiter de ce consentement (4).

Signalons aussi un arrêt de Riom : un sieur Desrosiers avait promis à un sieur Bertout, en récompense des soins donnés à un parent du premier par le second, de changer le legs de 8.000 francs fait par ledit parent à Bertout en une rente de 1.500 francs : la Cour décida que, dans ces conditions, la renonciation par Bertout au legs valait acceptation de la rente (5).

(1) Bruxelles, 19 nov. 1900 (D. 02. 2. 356).

(2) Voir notamment Aix, 5 févr. 1853, précité, p. 40.

(3) Req., 12 déc. 1898 (D. 99. 1. 271).

(4) Req., 15 avril 1874 (S. 74. 1. 432 ; D. 75. 1. 356).

(5) Riom, 12 déc. 1883 (D. 85. 2. 101).

Nous citerons enfin un jugement de Lisieux (1) décidant que l'acceptation de la clause d'une rente viagère déclarant que cette rente serait reversible au jour du décès du crédirentier sur la tête de sa domestique, si, à cette époque, elle était encore à son service, résulte suffisamment de ce fait que ladite domestique n'avait pas quitté, jusqu'au moment fixé, son service, sans qu'il soit besoin d'un autre acte manifestant l'acceptation.

Immense est donc la variété des faits qui peuvent constituer une déclaration implicite de volonté. Mais ne nous y trompons pas : un esprit non averti pourrait croire volontiers, parce que leur diversité est tangible, qu'un large fossé sépare l'acceptation expresse de l'acceptation tacite et se représenter, en retour, cette dernière comme un acheminement insensible vers l'acceptation par le silence qui la prolongerait et n'en serait qu'une variété. Ce serait une double erreur, et la plus grave serait la seconde, car elle a amené nombre d'auteurs, consciemment ou non, à ranger parmi les cas d'acceptation par le silence nombre d'hypothèses qui ne sont que des cas d'acceptation tacite. Dans ces derniers en effet, la parole — au sens vulgaire du mot — fait le plus souvent défaut et en tous cas ne constitue jamais une réponse directe à la pollicitation. D'où le danger, auquel tous n'ont pas échappé, d'une confusion facilitée par une terminologie équivoque (2).

(1) Lisieux, 11 déc. 1900 (*Gaz. Pal.*, 1901. 1. 320).

(2) Cfr. Savigny. *Traité de Droit Romain*, t. III, p. 254, § 131, note *a*. — Il est aisé de concevoir que l'expression d' « acceptation *tacite* » évoque aussitôt à l'esprit l'idée du radical « tacere », et risque ainsi d'entraîner une confusion fâcheuse avec les cas de silence. Aussi a-t-on envisagé l'opportunité de modifier cette terminologie, en proposant notamment les termes d' « acceptation médiate et immédiate » ; spécialement M. Bonfante (*Rivista di diritto commerciale*, 1907, I, p. 6, note) déclare que la distinction se résout en une antithèse entre la déduction logique et la perception immédiate. Ne convient-il pas d'y répondre avec Savigny, *loc. cit.* : « La clause obscure

En réalité, un abîme sépare le silence de tous les cas d'acceptation tacite.

Les deux caractéristiques essentielles de ces derniers en effet leur sont communes avec le consentement exprès, et sont absentes par définition des cas de silence.

La première caractéristique et la plus importante, est l'existence d'une extériorisation de la pensée : dans toute acceptation tacite quelle qu'elle soit, c'est par un acte que l'acceptant manifeste sa volonté d'adhérer à l'offre.

La seule différence, nous le savons, qui sépare cette manifestation implicite de la manifestation expresse est que la seconde utilise les moyens de réponse ordinaires et classiques, tandis que la première résulte d'actes qui n'impliquent pas moins la volonté d'accepter, mais n'ont point pour unique finalité d'exprimer une réponse à une pollicitation.

Et il est permis de se demander si cette distinction entre l'acceptation expresse et tacite ne repose pas sur un criterium un peu frêle ; d'autant que si elle manque de portée théorique, il est non moins certain qu'elle n'existe pas dans la loi. Quand notre Code C. exige une déclaration de volonté expresse (art. 1270 § 1, 1275, etc.), il est évident qu'il ne se réfère pas à l'antithèse théorique entre les manifestations expresse et tacite, mais bien à un mode spécial créé par la loi de constater la déclaration de volonté : considérerions-nous comme valable l'acceptation du cautionnement, de la subrogation ou de la novation par un signe de tête, pourtant manifestation expresse ?

d'un contrat qui demande pour être entendue une interprétation raisonnée n'en est pas moins une déclaration de volonté expresse ? » Préférable serait, pour remplacer l'expression « tacite », celle de « résultant des faits » ; mais est-il besoin de bouleverser une terminologie séculaire ? Le tout est de conserver rigoureusement aux expressions employées leur signification traditionnelle.

D'autant que l'acceptation, même tacite, doit toujours présenter une seconde caractéristique indispensable : n'être pas équivoque.

Le consentement tacite en effet — et nous insistons sur ce point — n'est nullement le fruit d'une présomption : il ne résulte pas de la simple probabilité que tel individu, en agissant de telle sorte, devait avoir l'intention d'accepter. « Le consentement, dit Baudry-Lacantinerie, est donné tacitement quand il résulte de faits *qui ne pourraient s'expliquer en son absence* (1). » Et Laurent de renchérir : « Il faut bien entendu que les faits d'où on induit le consentement ne laissent *aucun doute* sur la volonté de celui qui consent ; car on doit se garder de confondre le consentement tacite avec le consentement présumé (2). »

Ainsi, entre le consentement exprès et tacite, frontière précise sans doute, mais sans grande portée. Il n'est en somme pour le juriste qu'une sorte d'acceptation véritable au sens propre du mot ; c'est l'acceptation que le juge induit d'une manifestation extérieure de volonté, de forme variable, mais qui l'implique toujours nécessairement.

Où finit cette acceptation ? C'est au magistrat à le fixer ;

(1) Baudry et Barde, *Oblig.* I, § 43, p. 58.

(2) Laurent, t. XV, § 482, p. 555. — Dans le même sens : Aubry et Rau, t. IV, 5e édit., § 343, p. 483 ; Valéry, *Contrats par correspondance*, § 86 : « L'acceptation tacite résulte de faits ou d'actes qui l'indiquent *d'une manière non équivoque...* » ; Papazol, thèse. *De l'offre et de l'acceptation*, p. 154 : « L'acceptation tacite résulte de faits ou d'actes qui ne sont que l'extériorisation de la décision de volonté d'un individu qui veut contracter et qui *ne pourraient s'expliquer* en l'absence de cette volonté. » Voir aussi : Répertoires, au mot « Obligation » : Pandectes, nº 7063 ; Fusier-Herman, nº 56, etc. — Cfr. : C. C. portugais, art. 648 : « La manifestation du consentement peut être faite... par tout acte d'où elle se déduise *nécessairement.* » C. C. autrichien, art. 863 : « On exprime sa volonté... même tacitement par des actes qui, eu égard aux circonstances, ne laissent *aucun motif de doute* de son existence. »

nous ne saurions répondre qu'un mot : *Facti quaestio est.* Il arrivera sans doute qu'au cours de notre étude certains adversaires nous reprochent de vouloir discuter théoriquement un problème qui ne saurait se poser que réduit à une question d'interprétation jurisprudentielle. Ce ne sera de leur part qu'une confusion (1) entre deux questions essentiellement distinctes : « Quelle est la valeur du silence? » problème que nous verrons plus tard, et la difficulté que nous examinons maintenant et qu'on peut formuler : « Quand y a-t-il silence? » Ici nous ne saurions dénier et reconnaissons de grand cœur au juge un pouvoir souverain. Son devoir — que nous déduisons aisément de nos prémisses — sera d'écarter impitoyablement du domaine du consentement tacite toutes les hypothèses où manquerait l'une des deux caractéristiques que nous venons de dégager ; extériorisation de la volonté, et absence d'aucun doute sur l'existence de cette dernière.

Nous ne saurions suivre le magistrat en ce travail infiniment divers. Qu'il nous suffise — puisque nous avons cité de nombreux exemples où il y a effectivement acceptation tacite — d'en signaler un, emprunté à la jurisprudence la plus récente, où le juge du fait a cru devoir répondre négativement.

Il s'agit d'un arrêt de la Chambre des Requêtes du 26 mai 1908 (2), qui a décidé que la transcription de la promesse de vente par l'acheteur éventuel n'implique pas à elle seule accep-

(1) Particulièrement caractérisée chez Perozzi, *Rivista di diritto commerciale*, 1906, I. pp. 515 et 516.

(2) Req., 26 mai 1908. D. 1909. 1. 425, et note Percerou. Autre application intéressante dans la pratique : L'acceptation d'un objet envoyé bénévolement par un tiers — en l'espèce un échantillon — ne saurait résulter de la signature apposée sur le registre du facteur des postes afin de pouvoir prendre possession de l'objet, ni de l'ouverture de la boîte qui le renferme, ni de sa rétention plus ou moins prolongée. Trib. civ. des Andelys, 16 fév. 1904. *Gaz. Trib.*, 2e partie, 1904, I, 327.

tation. M. Percerou, annotant l'arrêt, l'approuve et motive ainsi son adhésion : « Dans l'espèce, seul l'acte portant promesse unilatérale de vente avait été transcrit ; l'acceptation ne l'avait pas été. Sans doute cette transcription était de nature à faire présumer avec une assez grande vraisemblance l'acceptation, mais elle n'en donnait nullement *la certitude*. Rien n'indiquait d'abord qu'elle ne fût le résultat d'une erreur... etc. » Ainsi, dans l'espèce, il existe incontestablement de graves présomptions pour croire à l'existence d'une volonté interne d'acceptation. Mais un doute subsiste : nous ne nous trouvons point dans les rigoureuses limites, si bien posées par Laurent et Baudry, de l'acceptation tacite. Il convient donc de répondre négativement.

C'est ainsi que, par un long travail, la jurisprudence a posé les bornes strictes de l'acceptation tacite.

Dans ces limites, il n'est point de place pour le silence : d'abord — et cette raison serait suffisante — parce qu'en lui manque par définition toute extériorisation de la volonté. Ensuite, et par voie de conséquence, parce qu'on ne saurait en principe induire nécessairement du silence l'existence d'une volonté... hors celle de ne pas prendre parti. Peut-être résultera-t-il de ce silence des probabilités souvent fort graves de l'existence d'un consentement. Mais quoi qu'on fasse, on ne saurait en principe, en l'absence de toute concrétisation d'une volonté interne, déduire avec certitude de cette absence même l'existence de celle-là. On ne peut en tirer que des présomptions.

Un abîme, comme nous le disions, sépare donc l'acceptation tacite de l'acceptation par le silence. Ce ne serait que par une assimilation forcée qu'on pourrait voir dans la seconde une simple variété de la première. Si donc il existe réellement une acceptation par le silence, ce ne peut être qu'un type

spécial existant par lui-même, constituant une construction juridique propre.

Ainsi, partis de l'acceptation tacite, où la pensée se trouve comme photographiée, nous l'avons suivie dans ses dégradations successives, moins facile à saisir, mais toujours exempte d'équivoque. De même que le voyageur, aux approches du désert, voit les dernières traces de végétation s'effacer progressivement, ainsi nous avons vu la manifestation de volonté devenir de plus en plus vague, de plus en plus imprécise. Mais vient un instant où les dernières touffes de lentisques disparaissent à leur tour : là commence la solitude. Nous sommes arrivés à cet endroit critique, fixé par la jurisprudence, de notre voyage juridique. Là cesse toute extériorisation de la pensée : là commence le silence.

DEUXIÈME PARTIE

ACCEPTATION DES OFFRES PAR LE SILENCE
DISCUSSION THÉORIQUE

Le silence a-t-il intrinsèquement la valeur d'un consentement? Poser la question c'est la résoudre. Et s'il nous fallait citer les auteurs qui, examinant la question de principe, l'ont résolue négativement, c'est l'unanimité des grands noms de la doctrine qu'il nous faudrait énumérer.

Citons seulement M. Baudry : « ... Le silence de celui à qui la proposition est adressée n'emporte pas consentement. Il est vrai que le défaut de réponse à l'offre n'équivaut pas en lui-même à un refus; mais cette considération n'est pas suffisante pour que la personne qui demeure dans l'inaction soit considérée comme acquiesçant à la proposition, car on ne peut davantage attacher au silence le sens d'une acceptation. Le fait de consentir est un fait essentiellement positif et qui, au surplus, ne se présume pas (1). »

Un double motif, tiré de la nature même du silence, interdit en effet de l'assimiler à un consentement :

1° L'absence de toute manifestation directe de la volonté

(1) Baudry et Barde. *Oblig.* t. I, p. 59, § 44.

d'accepter, fort bien soulignée par Beudant en ces termes : « Celui qui garde le silence ne manifeste évidemment aucune volonté, si ce n'est celle de ne pas prendre parti : par conséquent, il n'est pas lié (1). »

2° L'absence où se trouve le destinataire d'une pollicitation quelconque, de l'obligation d'y répondre : « L'auteur de l'offre ne peut même pas en principe imposer à celui auquel il l'adresse l'obligation de refuser dans un certain délai ou sinon d'être réputé acceptant (2). »

Il semble donc qu'aucun vent de controverse ne devrait venir troubler une question aussi peu débattue, et que, chacun se trouvant d'accord sur les principes généraux, on devrait en conclure logiquement que le silence ne saurait valoir consentement, qu'autant que manquerait l'un des deux motifs susénoncés de lui dénier toute efficacité, ce qui ne pourrait se produire qu'autant que la loi ou la convention des parties aient :

Ou bien attribué dans de certaines limites au silence la valeur d'une manifestation de volonté;

Ou bien imposé à tel destinataire d'offre l'obligation d'y répondre sous peine d'être considéré comme acceptant.

Hors de ces rigoureuses limites, il n'est pas de place pour le silence-acceptation.

La doctrine pourtant n'a pas su s'y maintenir et, si bien d'accord tout à l'heure sur les rigides positions de principes, elle s'est peu à peu laissée aller à les enfreindre.

Pressée de justifier une jurisprudence indécise, entraînée aussi par les traditions, et désireuse avant tout de satisfaire à l'équité, elle s'est — faute souvent de se livrer à une analyse

(1) Beudant. Cours de Droit civil. *Les contrats et les obligations*, p. 37, § 68.

(2) Lyon-Caen et Renault, t. III, p. 14, § 16.

juridique plus pénétrante — persuadée à elle-même qu'il ne s'agissait que d'une question de fait, et a cru découvrir dans le silence un moyen commode de justifier l'existence d'une acceptation douteuse. C'est ainsi qu'elle s'est trouvée amenée nécessairement à battre en brèche et à nier partiellement les deux motifs posés tout à l'heure d'inefficacité du silence — hors bien entendu de conventions particulières des parties ou de dispositions spéciales de la loi — tantôt admettant que le destinataire se trouve obligé de répondre, tantôt voyant dans le silence une véritable manifestation de volonté.

Ce double abandon des principes généraux, la doctrine française — hors M. Valéry — l'a commis un peu au hasard, sans trop se l'avouer, presque sans s'en rendre compte.

En Italie au contraire où toute une bibliographie existe sur la question, la négation a été plus éclatante, et nous pouvons diviser en deux groupes les partisans du silence-acceptation :

1° Ceux qui estiment que le silence peut au même titre que la parole valoir manifestation de volonté ;

2° Ceux qui fondent l'idée d'adhésion sur une notion d'obligation de répondre : à leur tête, MM. Pacchioni et Ranelletti.

CHAPITRE PREMIER

Théorie du silence — manifestation de volonté

L'idée essentielle de cette théorie inspire plus ou moins nettement toute la doctrine française; M. Valéry l'a défendue avec fougue. Mais nul auteur ne l'a mieux dégagée et plus nettement séparée de l'argumentation de Pacchioni, que M. Perozzi.

A. — **Premier argument : « Qui ne dit mot consent. »** — Sa première arme, la moins lourde, mais non la moins impressionnante, n'est autre qu'un adage, la formule classique : « Qui ne dit mot consent. »

Il est, en effet, dans les greniers de la grande maison juridique, un magasin d'accessoires où longtemps les jurisconsultes crurent devoir s'armer de pied en cape avant que de se

(1) Comme le remarque Bonfante (*Rivista di diritto commercial*, 1907, I, p. 113), il ne faudrait point s'exagérer la précision de toute classification de ce genre : souvent les auteurs semblent ne point se rendre compte eux-mêmes de cette position respective qu'on doit déduire, à défaut de déclarations formelles, des arguments qu'ils invoquent pour justifier l'efficacité du silence ; c'est moins par exemple une adhésion formelle qu'une simple tendance qu'il est possible de relever : chez M. Chironi (*Traité de Droit commercial*, 1904, t. I, pp. 386 et suiv.) en faveur de la thèse contractuelle de M. Perozzi, chez M. Gabba (*loc. cit.*) en faveur de celle de M. Pacchioni.

livrer à leurs brillants tournois. Le magasin d'accessoires est moins fréquenté de nos jours.....; fanés et ternis, couverts d'une respectable poussière, y reposent — solennelle ferblanterie! — les brocards traditionnels à l'aspect rude, à la consonnance moyenâgeuse. De temps à autre, et faute de chercher dans l'analyse raisonnée de la cause une solution satisfaisante, les juristes pressés, en mal d'arguments, puisent dans cet antre poudreux une justification aisée. Puis, sans remords, ils laissent de côté leur commode instrument, « comme une échelle qu'on abandonne après s'en être servi ».

Circonstance bizarre, ces adages vivent par famille, déchirés par des inimitiés féroces : chacun d'eux, ou presque, a le malheur de posséder un frère ennemi, calqué à son image et qui n'en diffère que parce qu'il pose exactement le principe inverse. Notre brocard n'échappe point au sort commun, du moins en Italie. N'est-ce point, en effet, M. Pacchioni lui-même qui nous révèle que la question se synthétise en deux proverbes antithétiques : *Chi non tace non dice niente*, et, *Chi tace consente?* Et Pacchioni de s'évertuer à démontrer que les deux proverbes n'ont « rien de contradictoire (!)..... : en l'un parle la société, en l'autre l'individu..... Ils marquent les deux points extrêmes entre lesquels on doit chercher une formule qui définisse la valeur du silence (1) ».

Quoi qu'il en soit, dans ces conditions, ce serait folie de soutenir que l'adage : « Qui ne dit rien consent » constitue le droit commun. De l'aveu même de Pacchioni, il ne synthétise qu'une des faces de la question. Et si un arrêt déjà ancien (2), cassé d'ailleurs par la Cour Suprême, osa proclamer

(1) Pacchioni, *Rivista di diritto commerciale*, 1906, II, p. 24.

(2) Cour de Montpellier, 1818, au Dalloz, Rép. V° Oblig., n° 47, 1°. — On s'imagine difficilement la foi aveugle qu'attache souvent la jurisprudence

que le silence vaut en principe consentement, il convient de rendre à la doctrine cette justice que jamais elle n'a réclamé qu'on fasse de l'adage qui nous occupe une application générale, mais seulement exceptionnelle.

A cette conclusion sont arrivés notamment ceux qui, remontant les siècles, sont allés chercher dans le *Wer schweigt bejaht* du Droit germanique l'origine de l'adage : « Qui ne dit rien consent. » M. Chaisemartin par exemple dit fort bien : « ..... Cet adage, bien loin d'exprimer une vérité générale, ne peut recevoir application que *dans certains cas exceptionnels* ..... La vérité est que le simple silence opposé à une offre ou à une interrogation ne saurait être assimilé à une acceptation ou à un aveu. Même celui qui fait cette offre ou cette interrogationne peut utilement déclarer qu'il prendra le silence de la personne interpellée pour un consentement, car rien ne lui permet de forcer cette personne à une contradiction positive (1). »

Mais il convient d'aller plus loin et de se demander quelle peut être la valeur juridique de l'adage : « Qui ne dit rien consent. » Aucun texte légal ne le sanctionne. D'autre part, en l'analysant strictement, il nous apparaît, dans sa forme, comme un principe général : or nous venons de reconnaître

aux vieux adages. Et ce n'est point sans raison que Bonfante a pu écrire que « les praticiens sont à un certain point de vue plus idéologues que les représentants de la doctrine, en ce sens qu'ils gardent l'idolâtrie des formules avec une foi plus incroyable et plus aveugle que les plus passionnés théoriciens » ; ils ont *il culto dei brocardi insegni*. Or aucune tendance n'est plus dangereuse, car si les axiomes contiennent parfois la solution exacte d'une question d'espèce, ce n'est jamais d'une façon qui éclate aux yeux : un travail d'analyse est toujours nécessaire. A vrai dire un adage ne devrait jamais être considéré que comme une formule facile pour concrétiser une solution obtenue par le raisonnement. Il ne peut être que l'aboutissement d'une controverse : il ne saurait en être le point de départ.

(1) A. Chaisemartin. *Proverbes et maximes du Droit germanique*, p. 256.

qu'il ne peut s'appliquer que dans quelques hypothèses exceptionnelles et dérogatoires au droit commun. Ce sont là autant de raisons de douter de son efficacité. M. Pacchioni lui-même n'éclaire-t-il pas la question lorsque, rapprochant notre adage de celui qui lui fait antithèse, il déclare que ces deux brocards « signifient *dans le langage du bon sens* que le silence peut signifier tantôt assentiment, tantôt dissentiment, voire même parfois quelque chose d'autre, à savoir l'indifférence de celui qui n'a pas pris parti (1) ? » Nous ne saurions qu'abonder dans le même sens. Si nos deux adages résolvent la question, ce n'est qu' « au point de vue du bon sens », à un point de vue purement psychologique : l'un pose en principe que le silence n'a aucune signification intrinsèque ; l'autre que le silence peut avoir parfois la valeur morale d'une adhésion. Mais le juge chargé de constater la formation d'un contrat doit-il et peut-il se contenter d'une simple adhésion mentale ? C'est une toute autre question.

La valeur donc comme argument du proverbe : « Qui ne dit rien consent » est nulle : il signifie uniquement que parfois le silence peut, au point de vue abstrait, être envisagé comme une adhésion : il n'a aucune portée juridique.

B. — **Argument historique.** — Aussi, de bonne grâce, la plupart des partisans du silence-acceptation ont abandonné ce terrain glissant ; mais ç'a été pour recommencer la lutte sur un terrain voisin : celui du Droit romain.

Cette matière est chère aux juristes italiens et allemands : aussi l'étude du rôle du silence en Droit romain occasionna-t-elle l'éclosion d'une brillante floraison d'œuvres juridiques. Citons par ordre chronologique : Savigny, *Traité de Droit*

(1) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 23.

Romain (1843), tome III, paragraphe 132; — Ranelletti, *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 1892, vol. XIII; — Ehrlich, *Die stillschweigende Willenserklärung*, 1893; — Bonfante, *Foro Italiano*, XXV, fasc. 8, 1900; — Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici*, 1901; — Gabba, *Nuove questioni di diritto civile*, 1905; — Bonfante, Pacchioni et Perozzi, dans la *Rivista di diritto commerciale*, 1906; — Bonfante, même Revue, 1907. Après tant de maîtres éminents, nous n'aurons pas l'impertinence de vouloir émettre à notre tour quelque système nouveau. Nous nous bornerons à résumer cette longue controverse et à en noter les résultats.

Savigny, le premier, tenta de poser les assises d'une théorie du silence en Droit romain; et il semble bien qu'aujourd'hui il faille, après maints débats, revenir en arrière et aller chercher chez l'illustre ancêtre la solution du problème. Nul en tous cas ne le dégagea jamais avec plus de netteté.

Savigny, se référant au texte de Paul (L. 142, de R. J., loi 17), pose en principe que « le silence, opposé à des actes ou à une interrogation, ne peut en principe être considéré comme un consentement ou comme un aveu (1). » A cette règle générale, on doit reconnaître un certain nombre d'exceptions — le juriste allemand en cite une quinzaine — et c'est à ces exceptions que se rattache la règle dérogatoire : « *Qui tacet, consentire videtur*. Mais toutes ces exceptions ont une nature essentiellement positive, et l'on ne doit jamais les étendre par voie d'analogie (2) ».

Après un demi-siècle, cette théorie simple et logique trouva un contradicteur extrêmement âpre dans la personne de Ranelletti.

(1) Savigny. *Droit romain*, t. III, p. 260, § 132.

(2) *Id.*, p. 261.

Cet auteur a contesté tout d'abord la portée de la loi : « *Qui tacet non utique fatetur : sed tamen verum est eum non negare.* »

Cette loi en effet, si simple, fut toujours une incomprise. Dernburg (1) ne l'a-t-il pas déclarée « ambiguë comme un oracle », et n'a-t-il pas prétendu qu'elle n'avait aucune importance dans la question générale ? Ferrini (2) va plus loin et prétend trouver dans ce texte innocent la preuve que le silence peut être suffisant pour indiquer l'intention des parties (!).

N'est-ce point la netteté même et la clarté lapidaire du texte qui ont dérouté des interprètes trop subtils ? Il ne signifie rien autre que : « Celui qui se tait ne parle pas, mais ne nie pas : « Or il est des cas où le *fateri* est indispensable, mais il en est d'autres dans lesquels il suffit du *non negare*, et où le Droit attache au silence des conséquences déterminées. Dans ces limites seulement, on peut dire qu'il vaut consentement (3). » Rien de plus limpide.

Sur le principe, Savigny est donc inattaquable ; mais où Ranelletti cherche à le confondre, c'est en ce qui concerne les dérogations à ce principe. Savigny en reconnaissait l'existence, mais les considérait comme de stricte interprétation.

Ceci est inadmissible, s'écrie Ranelletti, car « il est impossible que les juristes romains aient résolu tous ces cas pratiques pour ainsi dire à tâtons, sans aucun principe directeur. Ce principe il est vrai n'est pas exprimé, mais cela n'autorise pas à dire qu'il n'existait pas et que les Romains ne le sentaient pas (4) ». Sur quoi Ranelletti fonde-t-il une telle hypothèse ? Sur le fait que selon lui les cas où il faut

(1) Dernburg. *Pandekten*, I, § 98, n° 14.

(2) Ferrini. *Pandectes*, n° 111, p. 150.

(3) Bonfante. *Rivista di diritto commerciale*, 1907, I, p. 109.

(4) Ranelletti. *Rivista Italiana per le scienze giuridice*, 1892, p. 31.

reconnaître une efficacité au silence sont infiniment plus nombreux qu'on ne le croit. Savigny en reconnaissait une quinzaine ; Ranelletti, fouillant un peu partout dans les recoins du Digeste, parvint presque à doubler ce nombre : les cas de silence-acceptation naissaient sous sa plume comme les fleurs sous les doigts du printemps. A vrai dire, cette multiplicité même n'était point un argument irréfutable, car elle n'impliquait rien de plus qu'une erreur de Savigny dans la numération des exceptions à la règle générale par lui posée. Néanmoins ce grand nombre de cas de silence-acceptation ne laissait pas d'être impressionnant et d'apporter un appui sérieux à la thèse de Ranelletti.

Hélas ! il fallut en rabattre. Borgna, Gabba et Bonfante, en un long travail d'analyse, reprirent tous les cas cités par Ranelletti. Et ils reconnurent bientôt que le juriste avait fait flèche de tous bois, que l'énorme majorité des cas cités par lui n'étaient nullement pertinents en la question.

Nous discutons en effet le point de savoir si et quand le silence peut valoir acceptation *en matière contractuelle*.

Comment tenir compte dès lors de tous les cas se rattachant à l'extinction de droits, et, circonstance aggravante, à des hypothèses de déchéance d'où la volonté par définition est exclue ?

Comment étayer la théorie de l'équivalence du silence à un consentement par tous les cas où il y a reconnaissance d'une volonté fictive, c'est-à-dire où chacun admet que la volonté est inexistante, mais où la loi dans son omnipotence décide que tout se passera comme s'il y avait eu, effectivement, consentement (1) ?

(1) N'est-ce point Ranelletti lui-même qui (pp. 14 et 15) rappelle que la déclaration fictive n'est selon l'expression d'Alciat qu'une *legis adversus veritatem dispositio* reposant *super certo et falso*, c'est-à-dire dans laquelle « on considère comme existante une volonté qui n'existe qu'en tant

Comment enfin s'attacher à toutes les autres hypothèses qui sont notoirement en dehors de la théorie de la formation des contrats? Car il résulte de nos précédentes études qu'il n'est qu'un obstacle à l'assimilation du silence à un consentement, qui est la nécessité d'une déclaration de volonté. Dès lors, à quoi bon constater — ce que nous savons dès longtemps — que dans nombre de cas la volonté n'a pas besoin d'être déclarée pour produire des effets juridiques : par exemple en ce qui concerne l'*animus derelinquendi* ou l'*animus possidendi* (1)? La question n'en reste pas moins entière pour la matière que nous examinons actuellement.

Parmi la pléiade de cas de silence-acceptation signalés par Ranelletti, fort peu se rattachent donc à la seule théorie qui nous intéresse : celle de la formation des contrats.

Ces cas dont nous nous plaisons néanmoins à reconnaître l'existence vont-ils former du moins un faisceau solide, cohérent, d'où l'on puisse conclure à l'existence d'un principe général les réunissant tous et d'où ils découlent? Il ne nous paraît point; il s'agit d'hypothèses éparses dans tous les coins du droit civil, et dont l'examen le plus élémentaire suffit à faire éclater aux yeux le caractère nettement spécial et exceptionnel.

Laissons de côté tout d'abord l'*in jure cessio* et la *manumissio libertatis*, hypothèses où le rôle actif du silence s'explique le

que volition ou même qui n'existe notoirement pas » ? Le Droit, pour des motifs d'équité et par nécessité sociale, fait ici abstraction de la volonté des parties. C'est donc à tort que Savigny semble faire rentrer parmi les cas de silence la situation de l'infans ou du fou dont le mutisme vaut approbation des actes du tuteur ou curateur : il n'y a ici rien moins qu'impossibilité de vouloir.

(1) A plusieurs reprises, M. Perozzi n'a-t-il pas commis une confusion de ce genre? notamment au sujet de la loi 32, § 1. D. XXXIV, V.

Cfr. Perozzi, *Rivista di diritto commerciale*, 1906, I, pp. 520 et suiv.; Bonfante, *loc. cit.*, pp. 122 et suiv.

plus aisément du monde par l'obligation de répondre à l'interrogation du juge (1).

Comment saurait-on de même faire état, dans une discussion générale sur la valeur intrinsèque du silence, de textes spéciaux établissant que dans certains cas une personne peut être tenue de parler, que son mutisme entraînera pour elle certaines conséquences juridiques, véritables peines ? Citons par exemple le S. C. Plancinien qui assimile à un aveu de paternité le défaut de protestation du mari en présence de la dénonciation de la femme divorcée (D. XXV. III. 1. § 3) (2).

Souvent, d'autre part, le silence n'acquiert d'efficacité que s'il s'est prolongé pendant un certain temps : en présence d'un arbitrage par exemple, il ne vaudra acceptation que s'il s'est prolongé pendant dix jours après la prononciation dudit arbitrage ; le silence du propriétaire, lorsque l'emphytéote lui signifie qu'il entend aliéner, vaut consentement, mais seulement après deux mois. Nombreuses sont les décisions analogues en matière de preuves. Or, comme le remarque Bonfante, « le fait même que fréquemment le silence ne produit d'effets juridiques ou probatoires que s'il a eu une durée notable ne démontre-t-il pas du même coup que le silence pris en lui-même, quand la loi ne dit rien, n'a aucune efficacité (3) » ?

Dans les cas mêmes, tels que la tacite reconduction, où l'assimilation du silence à un consentement est incontestable, cette assimilation n'est jamais qu'incomplète ou strictement limitée ; la tacite reconduction ne prolonge le bail que pour une année, même si le contrat initial comportait un terme

(1) Voir ce que nous avons dit à ce sujet *supra*, pp. 24 et suiv., à propos de la valeur probatoire du silence.

(2) D. XXV. III. 1. § 3. Ce texte dit formellement : « La peine du mari est que... Il est donc tenu de répondre. »

(3) Bonfante, *loc. cit.*, p. 112.

supérieur ; elle n'est admise que dans les fonds rustiques, mais non dans les fonds urbains (1). Dans les rapports de voisinage, celui qui veut conserver son droit intact en présence des innovations du voisin doit s'y opposer ; mais son sort n'est pas identique selon qu'il consent ou se tait ; dans le premier cas il ne peut exiger ni la démolition de l'ouvrage, ni des dommages-intérêts ; dans le second, il ne peut exiger non plus la démolition, mais a droit à des dommages-intérêts (2). Comment dès lors ne pas reconnaître qu'une assimilation intégrale du silence au consentement serait pure folie, que nous sommes ici, selon l'expression de Bonfante « en face de solutions législatives arbitraires et positives » ?

L'étude de la théorie romaine des obligations ne fait que confirmer cette idée. Dans nombre de cas l'intérêt public voulut à certaines époques que tel acte juridique fût favorisé, qu'il se formât avec un maximum de facilité ; alors on se contenta d'un assentiment passif ; et pour y arriver la législateur du Bas-Empire ne craignit pas d'interpoler les textes anciens plus stricts, parce qu'appliquant purement et simplement les principes généraux classiques de la théorie des obligations. C'est ainsi que les compilateurs de la Décadence abandonnèrent partiellement dans l'intérêt des pupilles le principe de la nécessité d'une acceptation expresse de la fidejussio, et tint pour obligé et caution du tuteur le tiers présent et silencieux « comme s'il y avait eu une stipulation solennelle (3) » . Ce sont de même les besoins sociaux qui firent qu'au Bas-Empire on réduisit au *non contradicere* le consentement du père à ce que son fils soit élevé au titre si oné-

(1) D. XIX. II. 13. § 11.

(2) D. X. III. 28.

(3) Loi 4, § 3 au D. XXVII, VII. La formule finale, non classique, prouve à elle seule l'interpolation. Cfr. Bonfante, *loc. cit.*, p. 110.

reux de décurion, consentement par lequel le père devenait responsable des charges qui devaient grever son fils. Chacun reconnaît que les textes (1) qui règlent ce point sont sûrement interpolés. De même enfin, si nous nous aventurons dans le domaine du S.-C. Macédonien, il est indéniable qu'il s'agit là de règles strictes et dérogatoires au droit commun, inspirées avant tout de la bonne foi. Si donc le fait que le père a eu connaissance des emprunts contractés par le fils et n'a pas protesté suffit pour que le fils ne puisse invoquer la disposition favorable du sénatus-consulte (2), comment prétendre qu'il y a là application d'un principe général ?

Nous pourrions citer quelques exemples encore. A quoi bon ? L'examen le plus élémentaire de toutes ces hypothèses disparates de silence-acceptation fait éclater aux yeux leur caractère exceptionnel : on ne les rencontre que lorsque des circonstances spéciales ont incité le législateur à « donner un accroc » aux principes. Nulle part le législateur romain n'a tenté d'attribuer à ces textes une portée générale. Ils ne sont et ne sauraient être que de stricte interprétation.

Et nous terminerions ici, par cette conclusion négative, notre analyse de la législation romaine sur le silence, si M. Ranelletti, évoquant imprudemment certains textes du Digeste relatifs aux rapports de famille, n'avait fourni du même coup à ses adversaires une arme terrible contre sa thèse. Dans les rapports de famille en effet, nombreuses sont les dispositions réduisant le consentement d'une personne à un simple *non contradicere*. C'est ainsi que la fille d'un *furiosus* peut valablement contracter mariage *si pater non contradicat* (3) ; de

(1) D. L. II. 7. § 3 — C. X. LX. [L XII] 1. — D. L. I. 2 pr.

(2) D. XIV. VI. 12.

(3) D. V. IV. 25. § 1. Remarquons qu'à la même époque, s'il s'agit au contraire du fils, le consentement exprès du *paterfamilias* est exigé « de peur qu'il ne lui laisse des *heredes sui* contre sa volonté ».

même un rescrit d'Antonin décide que la fille est censée autoriser son père à agir *de dote* en son nom *nisi evidenter contradicat* (1) ; de même encore le Droit récent se contente du silence du père de l'adopté (2) ; on pourrait relever encore quelques solutions analogues, spécialement en matière de fiançailles (3).

Cette affluence de cas de silence-acceptation est réellement impressionnante ; Ranelletti n'a point manqué de les grouper avec soin, établissant ainsi le caractère incomplet de l'énumération de Savigny, et concluant qu'un aussi grand nombre de dispositions analogues ne sauraient relever que d'un principe général attribuant au silence une efficacité juridique.

Bonfante, reprenant l'évolution historique du droit de famille, a dissipé aisément ces apparences fâcheuses, et brillamment démontré que toutes les hypothèses préindiquées ne s'étaient réalisées jamais qu'à des époques de crises, de transformation de l'essence du rapport juridique auquel elles se réfèrent.

Prenons par exemple le cas des fiançailles ou de l'adoption : le *paterfamilias* primitif, maître absolu à son foyer, peut à son gré marier ses rejetons ou les donner en adoption : les enfants n'ont qu'à s'incliner. Mais peu à peu, les liens de la famille agnatique se relâchant, le *filius* et la *filia familias* acquirent un droit d'abord embryonnaire : ils ne sont point encore leurs maîtres ; ils ne pourront néanmoins être fiancés ou adoptés (4) que *nisi dissentiantur*. Tel est le premier stade. Mais, le respect de l'individualité des enfants s'affir-

(1) D. XXIV. III. 2. § 2.

(2) D. I. VIII. 5, 24 et 42. — C. VIII. IL. 5.

(3) D. XXIII. I. 7. § 1.

(4) Ce point, admis sous Justinien, marque la fin de l'évolution en ce qui concerne l'adoption.

mant de plus en plus, le sentiment juridique s'affina encore ; si bien que sous Julien le père de famille passa au second plan, en ce sens que l'enfant seul put consentir à ses propres fiançailles ; on exigea donc son acceptation formelle. Et par une évolution inverse, le consentement du père, cessant d'être primordial, perdit du même coup sa forme expresse : à son tour il se trouva réduit à la mesure du *non contradicere*.

Ainsi, comme Pacchini se plaît à le reconnaître loyalement, on ne saurait faire état des cas indiqués plus haut d'efficacité du silence en droit romain, car « ces cas particuliers résultent toujours d'une évolution dans quelque sens : soit qu'un consentement exigé à l'origine ait été postérieurement reconnu comme n'étant plus indispensable, soit qu'il s'agisse de l'évolution encore incomplète d'un consentement qui n'était pas requis à l'origine, mais qui commençait à être considéré comme indispensable dans les temps nouveaux (1). » Le silence efficace n'est donc qu'un assentiment au second degré, se présentant tantôt sous la forme d'un consentement qui commence à s'affirmer, tantôt sous celle d'un consentement à son déclin. Issu de circonstances exceptionnelles, il se trouve être tout le contraire d'une forme normale d'adhésion. Et nous ne saurions que souscrire à l'aveu de Pacchioni lorsqu'il reconnaît que « du fait que les cas d'assimilation du silence au consentement s'expliquent par des considérations d'ordre historique, Bonfante tire un argument correct et décisif contre ceux qui arguent de ces cas pour soutenir que déjà le droit romain avait admis l'équivalence du silence au consentement dans la conclusion des rapports juridiques (2) ».

Mais il convient d'aller plus loin.

(1) Pacchioni. *Rivista di diritto commerciale*, 1906, II, p. 26.
(2) *Id.*, p. 27.

Car M. Pacchioni, s'il estime avec nous, et contrairement à l'opinion de Ranelletti, qu'on ne saurait aller chercher dans le droit romain un adjuvant à la théorie du silence-acceptation, s'arrête là dans la voie des concessions : pour lui, tous les cas que nous venons d'énumérer laissent insolutionnée la question de principe, parce qu'ils sont en dehors de la sphère où s'agite la question des effets du silence relativement à la formation des contrats.

Son raisonnement est le suivant : chacun sait qu'à côté de la ou des manifestations de volonté qui sont à la base de toute convention, concourent encore nécessairement à la création de cette dernière d'autres éléments qui pour être accessoires n'en sont pas moins constitutifs du lien juridique : parmi ceux-là on peut ranger le consentement d'une tierce personne considéré comme élément de fait. Or n'est-ce point de telles autorisations, accessoires parce qu'émanant de tiers, que nous retrouvons dans tous ces cas de silence étudiés en dernier lieu et se rattachant aux rapports de famille ? Comment dès lors faire intervenir ces solutions dans la discussion générale ? Et que nous importe que dans telle convention soient exigés, comme conditions accessoires « non seulement le consentement exprès, mais même la pleine approbation, et même la bénédiction d'un tiers ? (1) ». Tout ceci, conclut-il « ne saurait en rien préjuger la question fondamentale dont nous nous occupons, qui est celle de savoir si l'on peut admettre d'une façon générale que le silence d'une partie contractante, dans la conclusion des contrats, puisse être assimilé à un consentement (2) ».

Bonfante, magistralement, a remis les choses au point. Sans doute, à l'époque où le consentement du *paterfamilias*

(1) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 27.
(2) *Id.*, p. 28.

aux fiançailles de son fils se réduit au *non contradicere,* le père ne joue plus dans l'acte qu'un rôle secondaire ; mais ce caractère accessoire même de son intervention n'est-il pas intimement lié à la tolérance admise dans la forme de la manifestation de son adhésion? Et de fait, à l'origine, le *contractus stipulationum sponsionumque* se concluait entre les chefs de famille ; le futur époux n'est qu'un tiers, aussi se contente-t-on au plus de son silence. Seul le père est le véritable contractant, aussi exige-t-on son consentement exprès. Lorsque, plus tard, on se contentera de son silence, n'est-il pas frappant de remarquer que du même coup et en même temps, *il est exclu du contrat,* au moins en tant que partie principale. On ne saurait méconnaître le lien qui existe entre ces deux phénomènes juridiques. Et Bonfante a pu dire avec raison que si à une époque donnée le père a perdu son titre de partie principale au contrat pour devenir un simple comparse, « ce fut précisément lorsque et *parce que* la jurisprudence n'exigea plus de lui pour l'avenir un consentement formel et se contenta de son silence (1) ».

C'est donc que le droit romain, s'il s'est de bonne grâce contenté d'un silence lorsqu'il ne s'agissait que de constater l'adhésion mentale d'un tiers partie accessoire à un contrat, a toujours au contraire marqué la plus grande répugnance à assimiler ce même silence à la manifestation de volonté base essentielle et nécessaire de tout contrat. Cette assimilation forcée, le législateur ne s'est résigné à la faire que dans les quelques hypothèses dont nous avons fait éclater tout à l'heure le caractère strict et exceptionnel. On ne saurait donc dire qu'il existait en droit romain une théorie du silence, car ce serait, par la méthode la plus arbitraire et antijuridique qui

(1) Bonfante. *Rivista di diritto commerciale,* 1906. II, p. 227.

soit, construire un système d'ensemble sur quelques textes disparates et dérogatoires au principe général que synthétise la formule classique : *Qui tacet non ulique fatetur, sed tamen verum est eum non negare.*

Laissant donc de côté tous arguments accessoires invoqués par Perozzi et dont nous venons dès à présent de constater le manque absolu de portée, nous allons aborder le cœur du débat, en examinant le principe de la thèse du savant auteur italien.

C. — **Arguments tirés des diverses théories relatives à la formation des contrats par correspondance.** — Et tout d'abord convient-il, déplaçant légèrement le débat, de porter la question sur le terrain classique de la date et du lieu de formation des contrats par correspondance ?

C'est là un champ de bataille où des générations de juristes se mesurèrent, groupés sous les drapeaux de deux grandes théories adverses : celle de l'information, celle de la déclaration. La première, admise par l'article 16 du Code de commerce italien est aujourd'hui un peu négligée chez nous ; pourtant nombre d'arrêts français récents, émanant surtout des cours du Midi, s'y rallient encore résolument (1).

Aussi rien ne nous empêcherait, forts de l'appui moral que nous apportent de nombreux auteurs parmi lesquels M. Laurent, d'abonder en ce sens, et dès lors un argument séduisant entre tous se présenterait à nous :

Le contrat ne se forme qu'au moment où l'auteur de la

(1) Citons notamment : Nîmes, 15 juin 1900, D. 1901. I. 415 ; Toulouse, 13 juin 1901, D. 02. 2. 16 ; Trib. comm. de Saint-Étienne, 28 janvier 1902, D. 4. 3. 1902 ; Aix, 23 nov. 1908, D. 09. 2. 61 ; Nîmes, 4 mars 1908, *Gaz. Pal.*, 08. 2. 116 ; Trib. comm. Saint-Étienne, 11 août 1908, Mon. jud., Lyon, 22 sept. 08.

proposition a été informé que son correspondant l'avait acceptée : or en cas de silence du destinataire de l'offre, quand et comment pourrait-on dire que le pollicitant a été *informé* de l'adhésion de son cocontractant ?

Tel est le raisonnement que se sont fait nombre de juristes (1) ; bien que partisan du silence-acceptation, l'auteur d'une thèse récente, M. Maumus, en admet aveuglément l'exactitude. « ... Il faut remarquer que le système de l'information... rend tout à fait impossible une acceptation tacite. Comment imaginer en effet une acceptation tacite que l'acceptant porterait à la connaissance de l'offrant ? Au contraire, le système de la déclaration qui est le nôtre... etc. (2). »

Ne serait-il pas bien séduisant pour nous de suivre cette thèse et, nous en servant comme d'un bélier, de renverser en bloc, au nom du système de l'information, le principe de toute théorie du silence-acceptation ?

Nous ne le ferons point, pour un triple motif :

En premier lieu, nous ne saurions, en toute sincérité, nous rallier au système de l'information. Fidèle au principe posé par la Cour de cassation (3), suivant d'autre part la doctrine de nos maîtres (4), nous sommes persuadé que la solution de la fameuse controverse est réservée au juge du fait : à lui d'interpréter dans chaque espèce la volonté des contractants. Nous nous abstiendrons donc de prendre parti.

(1) Voir notamment Straffa, dans son article paru dans la *Giurisprudenza Italiana*, 1898 et Vivante. *Traité de Dr. Comm.* (2e édit., 1905), t. IV, § 1532.

(2) Maumus. *Les contrats par correspondance.* Thèse Toulouse, 1905, pp. 40 et 41.

(3) Req., 6 août 67, D. 68. 1. 35 ; Req., 1er déc. 1875, D. 77. 1. 450. — Récente application dans Paris, 22 nov. 1900, *Journ. Trib. comm.*, 1901, p. 496.

(4) Soutenue notamment par M. Hémard à son cours.

Au surplus, le ferions-nous, que nous estimons qu'on ne saurait par cette voie résoudre le problème du silence.

Tout d'abord, croyons-nous, l'adoption de la théorie de l'information ne condamne point nécessairement la notion d'un silence-consentement : car il reste place encore pour l'objection formulée si vigoureusement par M. Valéry : « Ne serait-il pas loisible de soutenir que cette théorie de l'information est étrangère aux hypothèses d'acceptation tacite ou, si l'on aime mieux, qu'en cas d'acceptation tacite le silence qui suit l'envoi de la proposition devant être interprété par le pollicitant comme équivalant à la manifestation du consentement de son correspondant, il est inutile que l'acceptation lui soit communiquée expressément? L'absence de réponse tient lieu alors de cette communication (1). »

D'autre part, plus énergiquement encore, nous nierons que l'adoption de la théorie de la déclaration doive entraîner le triomphe de la thèse chère à M. Perozzi.

Bien mieux, il n'est pas jusqu'à la terminologie même qui ne soit éloquente : M. Valéry sans doute repousse avec horreur la théorie de l'information ; il estime que le droit moderne ne saurait s'accommoder que de celle de la déclaration. Une *déclaration* de volonté est donc nécessaire. Or *le silence peut-il constituer une déclaration?* Voilà le problème, et nous ne saurions le résoudre qu'en examinant maintenant le principe même de la théorie de M. Perozzi.

D. — **Argument de fond.** — L'argument essentiel de la théorie pourrait se formuler ainsi :

Premier point. — Le silence par lui-même « ne dit rien »; mais à tout prendre les paroles considérées aussi en elles-

(1) Valéry. Sous Cass., 17 juin 1903, D. 1905, I, p. 346, colonne 2.

mêmes, isolement, sont-elles plus éloquentes? elles ne tirent leur signification que des circonstances qui les entourent, et ne disent que « ce que les conventions sociales leur font dire » ; il en est exactement de même pour le silence (1). Dans la formule-type elle-même d'acceptation tacite, que signifierait l'expression *spondeo*, intrinsèquement vide de sens, sans l'interrogation qui la précède et le sentiment social qui la vivifie et lui donne une portée inattendue? Eh bien! pourquoi le silence dans certaines circonstances ne pourrait-il pas acquérir d'une façon analogue la valeur d'une acceptation ?

En logique donc, aucun obstacle à son assimilation au consentement.

Second point. — En droit toutefois, on ne saurait admettre cette assimilation qu'autant que nous pourrons dégager de la notion de silence les deux éléments essentiels du consentement : accord et manifestation de volonté. Or :

A. — En ce qui concerne le *duorum in idem placitum consensus*, il est évident — et nul ne le nie — qu'il s'agit là d'un fait interne qui peut se concevoir en dehors de toute extériorisation.

B. — En ce qui concerne l'idée de manifestation, « tout dépend de la législation : une législation donnée peut exiger que la volonté se manifeste sous une forme plutôt que sous une autre; mais en revanche, quand on est régi par le principe de la liberté de la forme, — comme c'est le cas dans la plupart des législations modernes, — il est à retenir qu'on

(1) Perozzi, *loc. cit.*, p. 520 ; *ibid.*, Pacchioni, *Rivista di diritto commerciale*, 1906, II, p. 25.

peut manifester sa volonté sous n'importe quelle forme : verbalement, par gestes ou même par le silence (1) ».

Et Perozzi de conclure : « Il est aussi nécessaire d'admettre qu'on peut manifester sa volonté par le seul fait qu'on ne manifeste pas qu'on ne l'a pas, que d'admettre qu'on peut manifester qu'on n'a pas une volonté par le seul fait de ne pas manifester qu'on l'a (2). »

Le véritable but auquel tend cette argumentation est facile à discerner : cette thèse aboutit directement à faire de la théorie du silence un prolongement de celle du consentement tacite, et par suite à y voir une question de fait.

Perozzi spécialement le répète à satiété : « La question est toute de fait... Je répète et ne répéterai jamais assez, je proclame que tout se réduit à une question de fait... Les cas de silence se confondent et se perdent parmi l'ensemble des banales questions de fait bien connues qui se posent sur le point de savoir si une façon quelconque de se comporter constitue une manifestation donnée de volonté, questions qui se résolvent toutes par les mêmes moyens (3). »

Avec la dernière énergie, nous nous sommes élevé déjà contre une telle manière de voir (4).

Nous avons montré que « c'était une question de droit que de décider..... si le silence doit être interprété comme une acceptation (5) ».

Et lorsqu'à la page 51, nous nous sommes attaché à fixer les limites de l'acceptation tacite, nous avons pris soin de pro-

(1) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 25. — Cfr. Larombière : « Le consentement peut « s'exprimer par un signe... ou même par le silence » (t. I, p. 11, art. 1101, n° 11).

(2) Perozzi, *loc. cit.*, p. 521.

(3) Perozzi, *ibid.*, pp. 518, 523, 516. Cfr. Beudant, p. 38, § 68 *in fine*.

(4) Voir *supra*, pp. 17-18.

(5) Rossel. *Droit fédéral des obligations*, § 21.

clamer qu'il s'agissait ici d'une question de fait, et de montrer la confusion à redouter entre ce problème et celui de l'efficacité du silence. Cette confusion, Perozzi n'a pas su l'éviter.

Reprenons en effet son argumentation.

Nous ne saurions que l'approuver dans sa première partie : lorsqu'il montre que la parole elle-même n'a qu'une valeur toute conventionnelle : un simple « oui », en lui-même, n'a aucune signification ; et pourtant, sur une pollicitation, il acquiert la valeur de la plus formelle des adhésions. Qui lui octroie cette efficacité ? le sentiment social lui-même. « De même que la société fait les dictionnaires, la grammaire, la syntaxe, les alphabets et la combinaison des lettres écrites représentatives de sons, de même qu'elle fait les gestes qui soulignent les paroles et les discours, ainsi fait-elle toutes les autres manières de se comporter qui expriment une volonté, et leur imprime ce caractère, sauf conventions contraires passées entre les intéressés eux-mêmes à ce sujet (1) ».

Rien de plus exact, et Bonfante lui-même, adversaire irréductible de la thèse de Perozzi ne proclame-t-il pas que c'est une question d'interprétation du sentiment social que de savoir si tel acte constitue ou non l'expression de telle volonté déterminée : « La question n'est pas une question de droit, mais bien une question de fait et d'interprétation de faits, et il peut se produire à son sujet une de ces évolutions qu'on baptise à tort évolution juridique, alors qu'en réalité ce ne sont que des évolutions sociales, ainsi que cela arrive dans les nombreux cas où la société voit une tradition ou une transmission de possession alors que la société primitive ne les reconnaissait pas. Il est manifeste en effet que certains actes, indifférents et insignifiants à un moment donné, ne peuvent alors, selon le

(1) Perozzi, *loc. cit.*, p. 522.

sentiment social de l'époque, être interprétés autrement que comme un silence pur et simple, alors qu'à une époque postérieure, ils pourront acquérir une signification et valoir comme manifestation tacite de consentement. La pratique pourra donc présenter à l'occasion de délicats problèmes, mais la théorie juridique ne peut que répondre : c'est une question de fait (1). »

Chacun est d'accord sur ce chapitre. Mais s'agit-il là du silence ? Nullement. Il ne s'agit de rien autre chose que de cette acceptation tacite que nous avons jusqu'ici, avec tant de vigilence, séparée de notre matière.

Dès en effet qu'un acte donné assume dans la société une signification précise, celui qui l'exécute consciemment ne se tait pas. Et Bonfante, rappelant qu'en Sicile c'est un mode usité pour répondre négativement que de mouvoir la tête de bas en haut remarque : « Le Lombard qui lève la tête accomplit un acte insignifiant, donc il se tait ; le Sicilien au contraire par là dit non, donc il parle. Le fiacre qui est sur la place s'offre, et je monterai dedans sans hésiter ; mais je n'oserais monter avec la même désinvolture dans une chaise à porteur japonaise, car j'ignore les coutumes de ce peuple plus encore que Pierre Loti si possible : j'ignore à vrai dire si le fait pour ce véhicule de stationner sur une place publique a la même signification positive au Japon que chez nous (2). »

Comment voir dès lors dans le premier point de l'argumentation de Perozzi autre chose qu'une vaine tentative d'assimiler deux problèmes disparates ?

A quoi bon montrer que le sentiment social joue un rôle pri-

(1) Bonfante. *Foro Italiano*, XXV, fasc. 8, 1900, p. 471.

(2) Bonfante. *Rivista di diritto commerciale*, 1907, I, p. 116.

mordial, que la société peut à son gré attribuer à tel acte jusqu'ici indifférent la valeur d'une manifestation de volonté ? car cela ne prouve qu'une chose : c'est *que la société a le pouvoir de reculer les bornes du silence*. Est-ce à dire que la valeur intrinsèque de ce dernier est par là modifiée ?

La question reste donc entière ; et si nous nous demandons quelle puissance a la faculté d'opérer cette transmutation rêvée par Perozzi du silence en acceptation, nous répondrons sans hésiter :

La société ne le peut, car elle ne saurait promouvoir une attitude quelconque qualifiée jusqu'ici du nom de silence au rang de manifestation de volonté sans lui faire perdre du même coup la qualité de silence.

La volonté des parties ou la loi, qui sont omnipotentes, peuvent sans aucun doute attribuer à quelque attitude que ce soit, fût-elle classée parmi les cas de silence, la valeur d'une déclaration de volonté : ainsi pouvons-nous trouver dans des cas assez rares et strictement délimités des hypothèses de silence-acceptation.

Le juge a-t-il un pouvoir analogue ?

C'est ici que nous passons à la deuxième partie de l'argumentation de Perozzi.

Et pour ce, allant au fond des choses, il est bon de rappeler les conclusions de notre étude sur l'idée même de silence et la notion d'acte positifs ou négatifs.

Plutôt que d'en apporter une définition précise, les auteurs, nous l'avons vu, se sont bornés à qualifier le silence de contenance négative. En relation de quelle idée ? Perozzi a montré à merveille que ce ne saurait être en relation de celle de manifestation de volonté : sans quoi les dissertations des partisans du silence-acceptation ne seraient qu'une vaste contradiction et celle de leurs adversaires qu'une vaste tautologie.

Et nous avons conclu qu'on ne saurait raisonnablement, à moins de taxer d'inconséquence une pléiade de maîtres éminents — loin de nous cette idée ! — rattacher la notion d'actes positifs ou négatifs à nulle autre idée que celle d'extériorisation de la volonté (1).

Quand donc Pacchioni écrit : « Il est arbitraire d'affirmer que seule la volonté manifestée par des actes positifs a une valeur obligatoire (2) », il veut simplement poser en principe que la volonté d'une partie peut être efficace et avoir des conséquences juridiques bien que non concrétisée.

A quoi bon dès lors pour Perozzi aiguiser contre Pacchioni les traits de sa subtile dialectique ? car n'est-ce point la même idée qu'il exprime sous une autre forme lorsqu'il écrit : « Ce serait s'insurger contre l'évidence la plus claire que de nier qu'on puisse manifester une volonté par le seul fait qu'on manifeste qu'on n'en a pas une autre contraire. De ce moyen minimum de manifestation de volonté, nous faisons usage à tout instant (3)..... » Quel est donc ce moyen minimum de manifestation, sinon le silence juridique de Pacchioni, silence parce que la volonté n'a pas été déclarée à l'autre partie, et pourtant efficace parce que la volonté est démontrable, que nous nommerons avec Bonfante « assentiment passif » ?

Sans peine Perozzi établit que l'existence même de la volonté est indépendante de toute manifestation extérieure. Chaque jour dans la vie courante, il arrive qu'on considère comme réellement existante une volonté dont un ensemble de circonstances fait raisonnablement supposer l'existence, bien qu'aucun fait concret ne l'ait révélée de façon objective. Par

(1) Cfr. *supra*, pp. 14 et suiv.

(2) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 26.

(3) Perozzi, *loc. cit.*, p. 518.

une foule d'exemples, Perozzi veut montrer l'efficacité d'une telle volonté : « La personne de service qui frappe à la porte de mon cabinet, lorsqu'elle sait que je suis seul à écrire, n'attend pas pour entrer que je lui dise : « Entrez » ; elle entre par un accord entre son intention à elle de le faire et mon propre consentement, sauf si je lui ordonne de ne pas entrer. Le voyageur qui, pour raccourcir son chemin traverse un fonds, le fait parce qu'il présume le consentement du propriétaire ; et ce dernier, s'il le voit, consent implicitement tant à l'acte déjà accompli qu'à une traversée ultérieure, par le seul fait qu'il ne s'oppose pas à son passage... Et... les femmes se donnent le plus souvent en n'opposant pas un « Non ! » à la douce violence qui leur est demandée (1). » Autre exemple : En matière de conversion de titres de rente opérée par un État, le rentier n'accepte-t-il pas la diminution du taux de l'intérêt par le seul fait qu'il s'abstient de présenter ses titres au remboursement dans un certain délai ? voilà donc une « importante application » du silence-acceptation. Aussitôt après d'ailleurs, Perozzi passe au genre ironique et badin et demande : « Pour manifester la volonté d'abandonner le cigare tombé de ma bouche dans la boue, ne devrais-je pas me baisser et le ramasser, puis le jeter à terre, ou du moins lui donner un coup de la pointe du pied, car le fait d'aller droit mon chemin ne serait pas un « faire » ? Ou bien verra-t-on un « faire » dans l'acte de le laisser, mais à condition et seulement après que je m'en serai éloigné ?... Quels angoissants problèmes (2) ! »

A quoi bon tout cet amoncellement d'exemples ? Nous reconnaissons de grand cœur qu'il est des cas où le silence, envisagé à un point de vue psychologique et abstrait, peut im-

(1) Perozzi, *loc. cit.*, p. 518.
(2) Perozzi, *loc. cit.*, p. 519.

pliquer une volonté. Mais la faute de Perozzi n'est-elle pas précisément d'avoir voulu réduire notre problème à une question de psychologie ? Sur quoi discutons-nous ici ? Sur la question de savoir si oui ou non un contrat peut se former par le silence du destinataire d'une offre. Or c'est là une pure question d'interprétation de droit positif, qui ne peut se poser que par rapport à un système législatif donné. On ne saurait mieux formuler le problème que ne le fait Bonfante lorsqu'il écrit : « La question peut se poser dans les termes suivants : Exige-t-on dans les contrats une volonté manifestée par des actes extérieurs, *ore vel re*, c'est-à-dire une véritable manifestation dans le sens d'une extrinsécation intentionnelle, consciente ? Ou suffit-il au contraire de la simple reconnaissabilité de la volonté (1) ? »

Or comment trouver une solution quelconque à ce problème dans les exemples proposés par Perozzi, puisqu'aucun de ces exemples — nous allons le voir — ne se réfère à la théorie des contrats ? et n'est-ce pas là de la part du juriste italien un terrible aveu d'impuissance ?

En ce qui concerne la conversion des titres de rente, il s'agit d'une solution très exceptionnelle, et d'une faculté qui ne peut s'expliquer que par le droit qu'a toujours l'État de rembourser le capital de la rente quand il lui plaît (2). Une loi seule peut valider de telles opérations qui seraient illicites au premier chef de la part de toute société privée. Comme nous sommes loin ici de la théorie des obligations ! Bonfante a donc pu dire que Perozzi, en appuyant sa thèse d'un tel exemple avait commis « une erreur terrible », que cet exemple était « tout simplement monstrueux ».

(1) Bonfante, *Rivista di diritto commerciale*, 1907, I, p. 107.

(2) Cfr. Charles Gide, *Principes d'économie politique*, p. 395. — Bonfante, *loc. cit*, p. 121.

En ce qui concerne le cigare abandonné, où Perozzi a-t-il vu qu'en pareille hypothèse, il était utile que l'*animus derelinquendi*, incontestablement nécessaire en lui-même, fût déclaré?

De même, pour le voyageur qui traverse un fonds au su du propriétaire de ce dernier, l'inaction du propriétaire n'est pas à proprement parler un consentement, et on ne saurait dire qu'il est engagé pour l'avenir; son silence n'a que la valeur d'un *pati*, d'une simple tolérance qu'il est inutile d'exprimer formellement.

Et je ne sache pas que les amants pressés de se livrer à la « douce violence » dont parle le respectable juriste, s'avisent d'exiger de leur maîtresse une déclaration formelle et précise d'acquiescement; un assentiment passif leur suffit. Quoi de mieux !

Rien n'empêche un maître d'autoriser son domestique à pénétrer dans son cabinet de travail sans attendre le traditionnel « Entrez » et même sans avoir frappé. Notons d'ailleurs qu'un maître plus formaliste eût pu tout aussi bien exiger qu'en cas de non réponse le domestique réitérât sa demande en frappant à nouveau à l'huis. N'est-il pas entièrement libre, dans ses rapports avec son valet, d'attribuer au silence telle portée qu'il lui plaît, voire de lui donner s'il le veut la valeur d'un acquiescement?

Mais la loi civile française est-elle aussi tolérante? Se contente-t-elle en matière de contrat de la volonté démontrable, mais non déclarée? Voilà la question.

Et on ne saurait éluder la limpidité de ce problème en tentant de l'associer à la controverse classique sur le point de savoir quel est le fondement essentiel des rapports juridiques, volonté ou déclaration de volonté. La déclaration est-elle le fondement même du lien de droit ou n'a-t-elle que la valeur d'un instrument?

Quoi qu'il en soit, déclare M. Pacchioni, « il est certain que de toutes façons la question de la valeur à attribuer au silence se pose tout différemment selon qu'on adopte l'une ou l'autre des deux théories fondamentales susénoncées (1) ».

Ce point de vue nous paraît contestable. Cette antimonie entre la déclaration de volonté et la volonté elle-même ne peut se manifester, nous semble-t-il, que s'il s'agit de l'interprétation d'un contrat déjà formé (2) : s'il se présente alors des divergences entre la volonté déclarée et la volonté interne, il y aura lieu de se demander peut-être laquelle des deux doit prévaloir.

C'est en effet de la façon suivante que nous paraît se poser ce problème de la déclaration de volonté qui domine toute la théorie des obligations. La volonté est en principe — et cela n'est pas contestable — l'essence même de toute convention ; « ce qui constitue le consentement, c'est l'adhésion intellectuelle, mentale » ; toutefois, le juriste, si pénétrant soit-il, ne pouvant sonder les reins et les cœurs, cette adhésion n'est point perceptible directement, mais seulement extériorisée dans une déclaration ; si bien que cette dernière qui n'est théoriquement qu'un instrument, se trouve en fait le seul moyen que l'on ait de connaître la volonté du contractant : son extériorisation, sa représentation auprès de l'autre partie (3).

(1) Pacchioni, *loc. cit.* p. 24.

(2) Or nous nous posons ici la question même de savoir si tel contrat s'est formé

(3) N'est-ce point par le développement logique de la même idée que l'expression d'une volonté donnée est censée survivre tant qu'elle n'est pas révoquée expressément : ainsi seulement peuvent se former les contrats par correspondance. Voilà pourquoi M. Valéry déclare avec raison que dans ces contrats « le consentement ne se réalise que grâce à une fiction ou plutôt à une présomption juridique ».

En d'autres termes, le juriste, dans la nécessité où il se trouve d'assurer la sécurité des rapports de droit, ne pouvant d'autre part percevoir directement la volition qui est à la base du contrat, pose une présomption de conformité entre la déclaration de volonté et la volonté elle-même. Cette présomption est-elle irréfragable ; cède-t-elle devant la preuve que la volonté réelle de la partie est différente de celle déclarée ? faut-il dire, au contraire, suivant l'excellente formule de M. Meynial, que « le juge doit s'appliquer à découvrir non pas ce que le déclarant a voulu dans son fors intérieur, mais ce que sa déclaration autorise à croire qu'il a voulu (1) » ?

Telle est la controverse classique qui occasionna l'éclosion de tant d'œuvres subtiles et profondes. Nous ne saurions nous y arrêter.

Quelle que soit, en effet, la position prise à cet égard, nul ne saurait contester la *nécessité d'une déclaration* (2), laquelle doit présenter obligatoirement certains caractères essentiels, et, au premier chef, l'absence d'équivoque (3).

Or, en cas de silence — et même en admettant l'exactitude du raisonnement paradoxal aux termes duquel c'est faire une déclaration de volonté que de n'en faire aucune — n'y a-t-il pas lieu maintenant d'analyser la valeur de cette « déclaration fictive » et de se demander si elle présente les caractères de

(1) Meynial. *La déclaration de volonté*. Revue trimestrielle de droit civil, 1902, p. 555.

(2) Considérée par beaucoup de bons esprits et généralement en Allemagne non point seulement comme un procédé de publicité destiné à révéler extérieurement l'intention de la partie intéressée, mais bien comme « un élément nécessaire pour donner une valeur juridique positive à l'acte de volition : il faut que la volonté ait voulu se produire extérieurement comme volonté constitutive de droit ». Saleilles. *De la déclaration de volonté*, p. 2.

(3) Voir *supra*, p. 50.

certitude exigés par la loi? Et cette question ne saurait se résoudre que par la négative.

En présence d'une déclaration au sens propre, fût-elle tacite, la volonté est certaine, humainement parlant; en présence d'un silence nous avons admis, de la meilleure foi du monde, qu'elle peut être probable et démontrable; mais aller plus loin serait folie.

Car il n'est qu'une volonté qu'on puisse déduire directement et nécessairement du silence : celle de ne pas prendre parti : *Qui tacet non utique fatetur.* Il ne peut donc s'agir ici d'un consentement véritable, puisqu'on ne saurait reconnaître ce caractère qu'à un acte ayant ce sens précis, et que la caractéristique même du silence est le défaut de signification intrinsèque. Et M. Valéry ne reconnaît-il pas quelque part que « le silence, par lui-même, n'a aucune portée juridique »? Quelques pages plus loin, et à plusieurs reprises, ne dégage-t-il pas très nettement le caractère de la prétendue acceptation par le silence? C'est, dit-il, « un consentement *présumé* (1) ».

Or, disons-le franchement, en dépit des grands noms dont s'honore la thèse que nous combattons, ce consentement présumé nous semble une hérésie. Hors en effet les cas très rares et exceptionnels où l'acceptant ne tire que des avantages de la formation du contrat, un obstacle se dresse, invincible, à l'assimilation du silence au consentement : c'est le principe

(1) Valéry. *Contrats par correspondance :* § 91 « Le mandat... est réputé accepté dans le cas de défaut de réponse. Cette *présomption*. . etc. »; § 94 « Quand la lettre qui contient la proposition se rapporte à une affaire pendante entre les deux parties, le silence du destinataire doit faire *présumer* une acceptation, etc.» — L'expression même de « consentement présumé » n'interdit-elle pas à tout jamais d'assimiler le silence à une acceptation tacite au sens technique du mot ? et la nécessité de faire intervenir une idée de présomption ne va-t-elle pas à l'encontre de l'absence d'équivoque, caractère essentiel de l'acceptation tacite ?

que la volonté de s'obliger ne se présume pas : écueil contre lequel viennent se briser tous les arguments de Perozzi.

De ce principe, nul ne songe à contester l'existence et la nécessité : il découle logiquement des articles 1162 et 1163 de notre C. C. (1). M. Valéry lui-même (sous Cass. précité, D. 05, I,347, col. 2) déclare que « la volonté de s'obliger ne se présume pas ».

Dès lors, et malgré tout notre désir de trouver une conciliation quelconque, nous ne saurions que poser le syllogisme suivant des prémisses duquel nos adversaires eux-mêmes reconnaissent l'exactitude et dont nous les défions d'esquiver la conclusion :

Le silence ne peut être considéré comme une acceptation que par suite d'une présomption;

Or, la volonté de s'obliger ne se présume point;

Dès, par conséquent, qu'il devrait résulter de la présomption de consentement une obligation quelconque pour le présumé acceptant, on ne saurait interpréter le silence comme une acceptation sans violer du même coup l'un des principes essentiels de la théorie des obligations.

L'argument nous paraît sans réplique et mortel pour la thèse de Perozzi.

Il est, à vrai dire, parmi nos adversaires d'éminents professeurs : ceux-ci ont l'âme infiniment subtile et leurs erreurs mêmes sont de magistrales dissertations qui nous forcent à l'admiration et au respect. Ce sera donc chez leurs disciples, étudiants pleins de candeur, qu'il faudra aller chercher l'aveu naïf d'une insoluble contradiction.

Que penser, par exemple, de M. Maumus lorsqu'il écrit

(1) Cfr. Baudry et Barde, t. I, § 42 : « En cas de doute sur la réalité d'un accord, ce n'est qu'une question de fait à résoudre, mais on doit prononcer en principe contre la formation du contrat. »

dans une même page de sa thèse : « D'une façon générale, on ne peut attribuer aucune signification au silence d'une personne et il faut considérer comme de véritables exceptions tous les cas d'acceptation tacite. Ce principe est rationnel, car *les obligations ne doivent pas se présumer*... Le silence n'est donc pas, en général, une manifestation de volonté ; on ne doit le considérer ni comme un refus, ni comme une acceptation. Il ne faut lui reconnaître cette signification que *dans les hypothèses où*, suivant les termes de l'article 1353, *se trouvent réunies des présomptions graves, précises et concordantes* (1). » Cette dissertation, née à Toulouse, eût mérité de voir le jour à Caen : qu'est-ce, en effet, que cette volonté qu'on présume, sans la présumer, tout en la présumant ?

Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, d'en faire grief à l'auteur de la thèse, car cette conclusion paradoxale et illogique est la résultante fatale et inéluctable de la théorie de Perozzi. Ayant négligé d'approfondir la notion de manifestation de volonté, cet éminent juriste a considéré comme acquise l'identité de l'acceptation tacite et de l'acceptation (?) par le silence. Partant d'une telle position, il s'engageait nécessairement dans un couloir sans issue : il ne nous appartient que de constater son échec.

Et M. Pacchioni, partisan comme le précédent auteur du silence-acceptation, ne peut s'empêcher de reconnaître qu' « il est évident que, si on veut se placer au point de vue purement individuel, on peut facilement parvenir à nier tout effet au silence (2) ». Aussi abandonne-t-il résolument le point de vue contractuel pour se placer au point de vue quasi-délictuel.

(1) Maumus. Thèse, *Des contrats par correspondance*, Toulouse, 1905, p. 44.

(2) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 23.

CHAPITRE II

Théorie fondant l'efficacité du silence sur une obligation de répondre : Théorie de la confiance légitime (affidamento).

C'est, en effet, sur le terrain de la faute, sur celui de la responsabilité, que Pacchioni et Ranelletti entendent porter le débat (1).

« L'homme a une foule de devoirs envers ses semblables : tantôt celui de se taire, tantôt au contraire celui de parler. En un mot, l'individu qui vit dans la société n'est maître ni de lui-même, ni de ses propres actes, ni de ses propres paroles, ni de son propre silence. Il ne peut pas dire publiquement tout ce qui lui vient à l'esprit, non plus que toujours se taire comme si le monde extérieur n'existait pas pour lui. Il se trouve enveloppé dans le réseau des rapports sociaux et dans les engrenages de la vie commerciale, si bien qu'il ne peut se complaire à toujours être ou sembler être un sphinx (2). »

(1) Bien que partant d'un principe, aux mêmes solutions pratiques aboutit sensiblement M. Borgna dans son livre : *Del silenzio nei negozi giuridici.*

(2) Pacchioni. *Rivista di diritto commerciale*, 1906, II, 23.

La volonté, posent-ils tout d'abord, ne saurait, en l'état actuel du droit, être considérée comme la base du contrat : le véritable fondement de tout contrat n'est autre que la confiance *(affidamento)* (1) que chaque homme a légitimement le droit d'avoir dans les déclarations de ses semblables : « Car chacun des deux contractants, en présence des déclarations de l'autre, et partant de ces dernières, en reconstruit tout le processus psychologique et de la déclaration remonte à la volonté interne ; c'est donc sur cette dernière ainsi reconstituée — que cette reconstitution corresponde d'ailleurs ou non à la volition exacte de son cocontractant — qu'il fonde sa confiance, donne son consentement et que le contrat se conclut (2). »

Cet *affidamento* dans son acte donné sera calculé sur le criterium du *bonus vir* c'est-à-dire d'un homme doué d'une intelligence moyenne. Dès lors, il est facile de prévoir la conclusion du raisonnement : « Puisqu'il est hors de doute que le silence d'une personne en présence d'une autre personne qui parle, peut, dans certaines circonstances, être interprété comme un consentement, il est hors de doute qu'en nous

(1) C'est à notre maître M. Hémard (*Théorie et pratique des nullités de société et sociétés de fait*, 1912) que nous empruntons la terminologie de « confiance légitime ». Une vive tendance semble se manifester aujourd'hui de généraliser l'application de cette théorie, en équilibre instable entre celle de l'article 1382 et celle de l'abus de droit. M. Hémard en fait de fort intéressantes applications en matières de société de fait et en pose excellemment la formule (*loc. cit.*, p. 177) : « Celui qui *crée* une situation apparente doit répondre de toutes les conséquences qu'elle entraîne à l'égard d'autrui. Il faut que l'*attente légitime* ne soit pas trompée. »

(2) Ranelletti. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1892, p. 4. Ainsi M. Gabba écrit-il (*loc. cit*, p. 140) : « Le silence peut équivaloir à une acceptation tacite quand les circonstances de la cause, équitablement interprétées par le juge, soit en elles-mêmes, soit en raison des usages généraux ou de la situation particulière des personnes avec qui l'on traite, conduisent ces dernières à lui attribuer une telle signification. »

taisant nous pouvons faire surgir dans l'esprit des tiers la persuasion que nous avons telle volonté déterminée. Si l'on admet que cette persuasion suffit à faire naître à notre encontre une obligation en faveur du tiers, il est nécessaire d'admettre en conséquence que le silence peut obliger à l'égal du consentement (1). » Comment le contractant pourrait-il se plaindre d'être tenu pour obligé vis-à-vis d'un tiers, s'il a agi précisément de manière à faire naître dans l'esprit de ce tiers la conviction qu'il voulait réellement s'obliger? Ne doit-il pas être responsable de sa propre conduite ?

Au surplus, MM. Pacchioni et Ranelletti n'insistent point sur le point de vue contractuel. Ils se gardent bien d'approfondir les rapports existant entre la déclaration de volonté et la volonté interne (2) ; ils évitent surtout de dégager trop nettement la notion de déclaration de volonté. M. Ranelletti déclare bien quelque part que « la volonté humaine est en droit inefficace tant qu'elle n'est que volition interne, et ne peut être prise en considération qu'autant et jusqu'où elle a été déclarée (3) » ; mais il ne s'attarde point sur ce terrain brûlant.

La volonté, pour lui, n'est qu'un accessoire dans le contrat ; et ce dernier n'a qu'une base réelle qui est « la responsabilité qu'entraîne pour tout homme un acte de déclaration fait par lui volontairement et susceptible de produire l'*affidamento* de personnes intéressées à une volonté donnée résultant de cet acte (4) ».

Nous avouerons que cette thèse renverse quelque peu les

(1) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 29.

(2) V. *supra*. pp. 100 et suiv.

(3) Ranelletti, *loc. cit.*, p. 4.

(4) *Ibid.*, p 12.

notions que nous avions jusqu'ici sur la formation des contrats. Gaïus eut frémi s'il eût vu se dresser sur son chemin le spectre monstrueux de cette convention née d'une faute : née du manquement aux devoirs qu'impose « la solidarité sociale »... !

Mais passons : ne peut-on soutenir que la meilleure réparation du préjudice causé par quiconque a laissé croire à tort qu'il adhère à tel contrat, consiste dans l'obligation pour lui de se conformer aux clauses dudit contrat et de l'exécuter ? Et puis, comme c'est d'ordinaire le sort des novateurs et des grands esprits d'être d'abord méconnus, il ne convient pas de condamner à la légère et trop sévèrement la thèse des savants auteurs italiens, d'autant qu'ils trouvent un appui précieux dans la personne d'un de nos plus brillants civilistes : M. Valéry. Le destinataire de l'offre, déclare en effet ce dernier « même s'il ne l'a pas acceptée, a fait naître par son inaction dans l'esprit de l'offrant la supposition qu'il y adhérait. Or je crois avoir démontré que, si l'offre était sérieuse, cette supposition est légitime et bien fondée. J'en conclus que, dans le cas où l'offrant a éprouvé quelque préjudice par suite de l'erreur où il est tombé, il a le droit d'en réclamer la réparation au négociant qui n'a pas répondu à sa lettre, et cela en vertu du principe établi par les articles 1382 et 1383 C. C. (1) ».

Ainsi la question se précise : c'est en vertu des art. 1382 et 1383 que M. Valéry condamne à être contractant malgré soi le tiers négligent qui s'est abstenu de répondre à une offre. Et il souligne que du fait du silence de ce tiers, le pollicitant a pu subirun grave dommage : donc l'obligation de répondre « n'est pas seulement imposée par les convenances sociales,

(1) Valéry. *Contrats par correspondance*, § 99.

elle dérive aussi de cette considération que le défaut de réponse pourrait porter préjudice au pollicitant par suite de l'incertitude où il serait laissé pendant quelque temps (1) ».

Fort bien : nous admettons qu'il y ait préjudice. Mais encore faut-il une faute : qui consisterait dans le fait de n'avoir pas parlé. C'est donc qu'il existe pour le destinataire d'une offre une obligation d'y répondre.

Sur quoi fonder cette obligation ?

M. Valéry a paru tenter de le faire (1) sur l'article 1135 C. C. aux termes duquel les deux parties « doivent se soumettre à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ». « Or l'équité aussi bien que les usages reçus et l'intention présumée des contractants veulent, dans toutes les hypothèses où l'acceptation doit être expresse, que l'acceptant avise au plus tôt le pollicitant de la conclusion du contrat. Cet avis n'est pas un des éléments essentiels de la convention, mais bien une de ses conséquences ; il rentre en quelque sorte dans les faits d'exécution. Par suite il faut décider d'abord que l'acceptant est tenu légalement de porter son acceptation à la connaissance de l'auteur de la proposition et, en second lieu, que, s'il ne se conforme pas à cette obligation, le proposant a le choix de demander ou la résolution du contrat ou son exécution, et qu'il peut réclamer en outre, quelque parti qu'il prenne, le paiement d'une indemnité. (C. civ. 1146, 1184). »

Ainsi les conventions légalement formées tiennent lieu de loi pour ceux qui les ont faites (art. 1134), et d'autre part, l'obligation pour l'acceptant d'informer son cocontractant de

(1) Valéry, *loc. cit.*, § 98.

(2) *Id.*, § 143.

son acceptation ne constituant rien moins qu'un fait d'exécution de la convention (art. 1135 interprété), le destinataire d'une offre dès qu'il y acquiesce sans en informer le pollicitant commet une faute permettant à l'offrant d'exiger une réparation. Tel est le raisonnement de M. Valéry.

A notre grande confusion, nous avouons n'en comprendre la portée que fort malaisément. L'article 1135, pivot de son argumentation, suppose en effet, formellement, que nous nous trouvons en présence *d'une convention déjà formée*. Et de fait, le savant professeur précise que, dans l'hypothèse qu'il envisage, « l'acceptation, en se manifestant d'une manière irrévocable, a amené la formation du contrat (1) ». Or chacun admet, et M. Valéry lui-même, qu'un contrat ne peut se former qu'autant que les parties ont *déclaré* que telle était leur volonté : pas de déclaration de volonté, pas de contrat. Dès lors comment le problème peut-il se poser ? Car s'il n'y a pas eu double déclaration de volonté, il n'y a pas eu de contrat, et partant nous sommes en dehors du domaine d'application de l'article 1134. Et s'il y a eu double déclaration de volonté, comment le pollicitant pourrait-il agir contre le destinataire de l'offre... parce que ce dernier a négligé de lui déclarer qu'il était acceptant ?

En d'autres termes, il nous est facile de démontrer d'un seul mot que l'article 1134 est inapplicable en la matière : car il a pour but de guider l'interprétation d'un contrat déjà conclu, alors qu'ici la question que nous agitons est celle précisément de la formation dudit contrat en présence du silence d'une des parties. Sur le terrain contractuel, nous avons conclu que le silence ne valait pas manifestation de volonté : le destinataire de l'offre donc, tant qu'il ne fait que se taire, n'est point lié

(1) Valéry, *loc. cit.*, § 143.

contractuellement : il n'est qu'un tiers vis-à-vis du pollicitant. Ce dernier, que ce soit par la voie de l'article 1134 ou autrement ne peut donc invoquer contre lui la convention en puissance qui existe ou a pu exister entre eux.

C'est donc résolument en dehors de la théorie des obligation qu'il faut chercher si le destinataire de l'offre est lié quasi-délictuellement. De ce point de vue partaient fort justement MM. Aubry et Rau et Beudant lorsqu'ils posaient en principe, en des termes presque identiques, que le silence n'implique consentement que lorsque celui qui le garde est valablement « mis en demeure de s'expliquer (1) ».

Mais quand peut-on dire que le destinataire de l'offre doit être considéré comme « valablement *mis en demeure de répondre* » ?

La question est résolue d'elle-même si la loi lui impose l'obligation de s'expliquer, ou si le juge, en qui parle la loi, le lui ordonne : le silence, dès lors, entraînera des conséquences juridiques diverses, que nous pouvons considérer dans leur ensemble comme de véritables peines : telle est dans l'*in jure cessio*, la dépossession du cédant, lequel est dépouillé de sa propriété, parce qu'il s'est tu en présence des affirmations de l'acquéreur, et ce *malgré l'injonction à lui adressée par le juge* de revendiquer ses droits.

De même si une partie s'était engagée à manifester, dans telles circonstances, une volonté donnée, elle pourrait être valablement mise en demeure de remplir éventuellement l'obligation par elle prise.

Mais, hors de là, il ne saurait être question de mise en demeure, car une telle notion ne saurait se concevoir sans l'existence d'une obligation préexistante.

(1) Aubry et Rau, § 343, p. 293, note 2. — Beudant, § 68.

Or, parmi les nombreux droits que revendiquent aujourd'hui les citoyens libres de notre pays, il en est un, le plus humble, le plus respectueux en tous cas de la tranquillité d'autrui, que nos adversaires paraissent oublier : le droit de se taire. C'est, peut-on dire, un droit passif ; son viol n'en est que plus irritant. Sans doute, dans le jardin où fleurissent nos libertés, celle de rester coi n'est point parmi les plus bruyantes, pour la conquête desquelles des peuples s'émurent et les émeutes grondèrent : le droit au silence n'est qu'une humble fleurette ; il n'en est pas moins imprescriptible et sacré.

Le dénier serait, sans nul doute, en reconnaissant à tout pollicitant le droit d'exiger du destinataire de l'offre une réponse formelle, rendre impossible la vie commerciale, favoriser la fraude et les importuns, et violer du même coup l'un des principes essentiels de la théorie des obligations en permettant à chacun de faire naître à son profit, par son initiative propre, au détriment d'un tiers, et sans la moindre intervention de ce tiers, un droit nouveau !

Nous avons vu qu'il n'y a qu'une tentative paradoxale dans l'essai de justifier la naissance d'un contrat par l'interprétation de ce contrat lui-même, en invoquant l'article 1134 du Code civil. Et sans empiéter sur une question que nous reverrons plus loin, notons dès ici que nul texte spécial n'imposa jamais aux commerçants l'obligation de répondre aux lettres à eux adressées : les quelques auteurs, MM. Delamarre et Le Poittevin, par exemple (t. II, p. 115) qui ont tenté de justifier cette prétendue obligation par le devoir — que nul article du Code ne pose d'ailleurs — qu'ont les commerçants de tenir une correspondance, n'ont commis à n'en pas douter qu'une simple confusion.

Ainsi, sur le terrain législatif, on ne saurait soutenir raison-

nablement qu'il existe pour le destinataire d'une offre une quelconque obligation d'y répondre. Aussi les partisans de la théorie de l'*affidamento*, de par la force même des choses ont-ils dû faire appel, dans d'inégales proportions, aux sympathies sentimentales.

M. Raneletti, M. Valéry lui-même ne laissent pas d'invoquer constamment les besoins sociaux, l'intérêt du commerce, la nécessité de la coopération de tous pour assurer le bon fonctionnement des rapports entre les hommes, ceci nécessairement quelque peu au détriment de la liberté individuelle.

Mais M. Pacchioni, juriste fougueux, va infiniment plus loin. Il a vu successivement toutes les arguties, soutien de la thèse qu'il défend, crouler en poussière : il a conscience que l'assimilation du silence au consentement va à l'encontre des principes du droit positif : n'est-il pas « évident que si on veut se placer au point de vue purement individuel, on peut aisément parvenir à dénier tout effet au silence » ?

Que lui importe ! Si les juristes l'abandonnent, ne lui reste-t-il pas les tribuns et les philosophes? « La solidarité qui lie tout homme à ses semblables, cette solidarité que Cicéron (*De officiis*, 51, 52 ; Cf. Sénèque, *De beneficiis*, 4, 29 et s.) enseignait, et, déclarait-il, en vertu de laquelle on doit concéder, même aux étrangers, tout ce qu'on peut leur concéder sans subir soi-même un dommage ou une gêne *(quæ sunt iis utilia qui accipiunt danti non molesta)*, cette solidarité oblige le commerçant à parler toutes les fois que cela est nécessaire pour dissiper dans l'esprit des tiers une sérieuse conviction *(affidamento)* déduite du silence du destinataire de l'offre. » Par l'admission de cette thèse seule,

(1) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 23.

(2) *Id.*, p. 29.

on pourra « ouvrir la voie à une casuistique féconde en résultat et préparer le terrain à une formule de conciliation entre les intérêts individuels et les exigences de la vie sociale qui est la nôtre, toute empreinte d'un esprit d'humaine solidarité (1) ».

Qu'y répondre ? Où trouver trace dans ce pathos de la déclaration de volonté, que des générations de juristes se sont, par un labeur séculaire, attachés à dégager avec un soin minutieux, de cette déclaration de volonté qui est l'essence du contrat ?

Mais qu'importe à M. Pacchioni la manifestation de volonté et la volonté elle-même ! le contrat pour lui n'est que la conséquence du manquement aux devoirs sociaux : du fait qu'une partie a le devoir social de manifester sa volonté, on doit la considérer, par une présomption irréfragable, comme l'ayant effectivement manifestée : et la déclarer liée contractuellement !

C'est donc, par une métamorphose ignorée jusqu'ici, la transformation subite en un contrat d'une obligation *ex lege*. Que disons-nous ? Obligation *ex lege* ? Nous serions reconnaissant à M. Pacchioni de nous indiquer quel texte, fut-il italien, pose l'obligation à la solidarité !

Il invoquera la morale : aux devoirs moraux correspondent des obligations morales : rien de plus. Que vient faire tout cela avec la théorie des obligations et même avec le Droit ?

Il invoquera l'équité. On comprend à merveille que la question de savoir de quel côté se trouve la bonne foi étant une question d'espèce, nous réservions cet examen pour l'instant où nous étudierons le problème du silence dans ses applications. Nous rappelons dès maintenant qu'en matière de

(1) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 30.

factures, les clauses surajoutées, imprimées insidieusement sur un coin de la feuille, tenues soigneusement à l'ombre tant que le contrat n'a pas été conclu, et surgissant brusquement lorsque l'acheteur ne peut plus se dégager que difficilement, ces clauses ne sont le plus souvent qu'un piège tendu par le vendeur : et l'on parle de bonne foi ! Admirablement, M. Bonfante a relevé cette inconséquence : « La solidarité impose-t-elle de se laisser prendre au piège tendu par l'adversaire ? L'on commet des injustices au nom de la liberté ; on peut en commettre de plus graves, et avec une plus répugnante hypocrisie au nom de la solidarité humaine (1). »

Telles sont cependant les conséquences inéluctables de la thèse de M. Pacchioni.

Une idée généreuse le guida sans doute, mais c'était une idée dangereuse parce qu'elle compromettait l'harmonie de la théorie des obligations. Aujourd'hui où le nombre et l'importance des contrats d'adhésion vont sans cesse croissants, que de fois c'est presque sans y rien comprendre que nous acceptons d'un trait de plume pour base d'un contrat des modèles d'imprimés rédigés par la partie adverse qui a tout combiné pour son avantage ! Le contrat dans ces conditions, comme le remarque Bonfante, « ressemble fort à une ironie ; mais au moins, si nous sommes contraints de nous y soumettre, nous l'avons accepté et le subissons volontairement (2) ». A quels paradoxes n'aboutirait-on pas si, allant plus loin encore, on imposait au destinataire de telles offres l'obligation impérieuse, pour y échapper, d'y répondre par un refus tranchant ?

Que fîtes-vous, M. Pacchioni, de cette traditionnelle Théorie

(1) Bonfante. *Rivista di diritto commerciale*, 1906, II, p. 224.

(2) *Ibid.*

des obligations, héritage sacré du Droit romain, que Larombière, dans un magnifique élan d'enthousiasme, qualifiait superbement de « suprême loi de justice, universelle et absolue, fixant par le droit les principes de la dignité et de la moralité humaine » ! La ferveur de Larombière peut faire sourire les sceptiques ; nous croyons fermement quant à nous à l'existence d'une véritable esthétique juridique, perceptible au maximum précisément dans la Théorie des Obligations. Comme ces palais du XVII^e^ siècle aux lignes simples et majestueuses, la Théorie des Obligations ne laisse pas d'apparaître aux fervents du droit comme parée d'une sobre beauté : construction merveilleusement logique, vivant avec les mœurs et évoluant avec elles, mais sans rien perdre de son équilibre parfait, de sa prestigieuse harmonie.

Les partisans du silence-acceptation, nécessairement, nous l'avons vu, ont rompu le charme. Comment expliquer pareille aberration de la part de juristes éminents ? C'est qu'ils ont cru, dans quelques rares hypothèses, que seule l'assimilation du silence au consentement pouvait aboutir à une solution équitable et éviter le viol le plus caractérisé de l'équité et de la bonne foi.

Aisément un tel état d'esprit peut être déduit de l'argument-type dont use M. Pacchioni : « Supposons qu'un libraire dont je suis le client depuis des années m'envoie des livres en examen, avec prière de les lui réexpédier dans un certain délai s'ils ne me conviennent pas ; si d'autre part par le passé, je lui ai toujours payé les livres non renvoyés, si on peut dire qu'en me les adressant pour que je les examine le libraire m'a réellement rendu un service, si enfin ces livres sont restés entre mes mains pendant un temps très long, par exemple une année entière, il ne sera certes pas irra-

tionnel que je sois considéré comme tenu vis-à-vis du libraire au paiement du prix (1). »

Ici Pacchioni, voulant coûte que coûte intéresser le lecteur au sort du malheureux libraire, accumule des circonstances de fait contribuant à rendre cruelle et inéquitable l'admission d'une solution négative. Sans doute; nous reconnaissons hautement qu'ici on ne saurait dénier la formation du contrat. Mais est-il nécessaire pour autant de bouleverser la théorie des obligations par l'assimilation forcée du silence au consentement? Avant de recourir aux moyens exceptionnels, ne serait-il pas logique de se demander d'abord si, par une interprétation raisonnable des principes généraux, on ne pourrait pas sauvegarder l'équité sans violenter le droit?

Et à ce propos, n'est-il pas dans l'article précité de M. Perozzi un passage terriblement suggestif : « En principe les hommes appliquent toujours aux manifestations de volonté la loi du moindre effort... Telle est la conduite de l'homme normal dans la direction de ses affaires : pour lui une manifestation de volonté sera toujours une quantité x, égale à $a + b$, et dans laquelle a représente les circonstances extérieures, et b son action; plus sera important le facteur a, moins le sera l'action représentée par b. Si x vaut 100 et que a vaille 90, l'homme normal ne fera pas un b qui vaille 20; il fera un b qui vaudra 10, parce que tout ce qu'il ferait excédant 100 serait de la fatigue gaspillée... Supposons que les circonstances augmentent au maximum de valeur : les principes restent les mêmes; et rien ne s'oppose à l'idée qu'un homme conduisant normalement ses affaires se contente de manifester sa volonté par le seul fait de s'abstenir de manifester qu'il ne l'a pas; car

(1) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 30.

une telle façon de se comporter suffit alors, avec le concours des circonstances, à faire la quantité x exigée pour qu'il y ait manifestation de volonté (1). »

Dans cette dernière hypothèse, où la manifestation de volonté se compose de deux éléments, dont l'un vaut zéro, et l'autre... la différence entre la manifestation et zéro, n'est-ce point le paradoxe suprême que de prétendre trouver l'essence de la manifestation dans le silence, c'est-à-dire dans le facteur zéro lui-même, plutôt que dans l'élément actif que constituent les circonstances de fait antérieures ou concomittentes au silence ?

Mais, pour dégager ce second élément, il eût fallu se livrer à une analyse juridique minutieuse que négligèrent Pacchioni et Perozzi et M. Valéry lui-même, ainsi que la presque unanimité des auteurs : à l'instrument le plus élégant, ils préférèrent le plus facile, et crurent trouver dans le silence une panacée universelle, pour aboutir directement et sans peine à une solution équitable.

Leur faute, que ne commirent point les juristes romains, fut d'avoir voulu construire un système arbitraire et artificiel sur une notion vague, vide pompeux; leur excuse est d'avoir cru fermées toutes les voies régulières et légales; elle est surtout d'avoir subi l'entraînement de leurs devanciers, les juristes médiévaux.

Ces derniers, en effet, les commercialistes surtout, et Bartole et Balde déjà, eurent indéniablement une tendance accentuée à considérer comme acceptant le destinataire silencieux d'une pollicitation (2).

(1) Perozzi. *Rivista di diritto commerciale*, 1906, I, p. 517.

(2) Nombreuse bibliographie dans l'article de M. Huvelin, paru dans les *Annales de Droit Commercial*, 1901, et dans la note de M. Valéry au D. 1905, I, 345. — A noter l'intéressante solution signalée par M. Huvelin :

Cette tendance, qui s'accorde à merveille avec l'esprit général du Moyen âge, s'inspire de plusieurs mobiles.

Tout d'abord : l'amour de la bonne foi. En cette société troublée, presque barbare encore, où la force régnait en maîtresse, le Droit semblait un asile ; rien d'étonnant, dès lors, à ce que l'équité, en matière commerciale surtout, ait été la grande inspiratrice des solutions juridiques. Maints auteurs ont d'ailleurs souligné ce point de vue et montré comment le strict individualisme romain avait fait place alors à une vaste recherche des solutions humanitaires, mêlant confusément, pour arriver à ce but, les idées de droit, de morale et de religion (1).

Mais, à côté de cette explication de l'interprétation extensive donnée au silence, il en est une autre, intimement liée à la précédente, et plus concluante selon nous, qui est passée souvent inaperçue : lorsque les juristes du Moyen âge, un peu frustres, eurent entre les mains l'instrument infiniment complexe et subtil que leur avait légué le législateur de la Décadence, on conçoit à merveille que leur esprit peu exercé n'ait su en saisir la finesse, que leurs doigts gourds n'aient pu user avec la délicatesse voulue d'un instrument trop parfait pour eux.

Voilà pourquoi, dans nombre d'hypothèses, ils ne purent aller au fond des choses, et, comme ils désiraient avant tout

l'absence de la part du tiré d'une protestation immédiate au reçu d'une lettre de change vaut reconnaissance de sa part qu'il est *socius* du tireur et tenu comme tel de la dette sociale dont la traite est l'instrument. — Parmi les représentants de la tradition moyenâgeuse, citons comme ayant étudié plus spécialement la question du silence : Menochius (*De praesumptionibus*, L. III, ch. 65) ; Casaregis (*Discursus legales de commercio*, DCCXXV, nº 67) ; Marquard (*De jure mercatorum*, L. II, ch. xii, nº 76). Cfr. Rote de Gênes (Dec. XXIII, ch. 20).

(1) Voir notamment : Bonfante, *loc. cit.*, p. 223 ; Borgna, *loc. cit.*, p. 95 ; Ehrlich. *Die stillschweigende Willenserklärung*. p. 175.

et ardemment arriver à une solution équitable, ils se laissèrent aller, par un entraînement fatal, à construire des théories tout à la fois simplistes et hasardeuses, qui leur permissent d'aboutir sans détour à ce que leur conscience leur disait être le bon droit.

Dans telle hypothèse concrète où le destinataire d'une offre n'a point fait au pollicitant de réponse formelle, le juriste romain, en sa pénétrante finesse, eût aisément démêlé une acceptation tacite; le scholiaste médiéval, au contraire, moins exercé à l'analyse, n'y trouvera qu'un silence. Lui faudra-t-il, dès lors, appliquer le texte inflexible, seul logique : *Qui tacet non utique fatetur?*... Non certes, car une telle solution choquerait son esprit assoiffé de justice. Aussi n'hésite-t-il pas, pour satisfaire sa conscience, à bâtir de toutes pièces une théorie nouvelle. Et n'oublions pas qu'en matière commerciale, où le besoin de solutions d'équité se fait plus intimement sentir, il se trouva singulièrement aidé en sa tâche par l'étroite solidarité résultant de l'existence des corporations, qui lui permit aisément d'établir, à l'encontre du destinataire d'une offre, la notion d'une obligation de répondre.

Voici comment naquit la fameuse maxime : « Qui ne dit rien consent, » pour la confusion des siècles à venir.

Cette thèse simpliste et grossière, nous l'avons retrouvée, diversement présentée, chez M. Perozzi, chez M. Pacchioni et tant d'autres. Enveloppée de dissertations savantes, c'est toujours la même idée archaïque que nous retrouvons chez tous nos subtils écrivains d'aujourd'hui : sous le réseau complexe de l'argumentation reparaît toujours le grossier instrument du silence-acceptation, erreur occasionnelle de quelques juristes primitifs.

CHAPITRE III

Notre Théorie

a) **Son essence.** — Aujourd'hui cependant, les circonstances ont changé. Notre législation, étroitement inspirée du Droit romain dans sa forme la plus affinée, ne saurait rester attachée aux errements d'une époque de transition. Et cela est si vrai que nul texte dans nos Codes ne sanctionne la thèse du silence-consentement, que bien au contraire l'esprit de notre législation en matière d'obligations — nous croyons l'avoir montré — condamne implicitement, mais de façon certaine, une telle conception.

Et comme l'étude approfondie de toute controverse amène toujours à dégager, derrière le fatras des textes, l'antinomie de deux grandes idées, c'est par une raison profonde que nous expliquerons l'évolution, au cours des siècles, de la théorie qui fait l'objet de notre étude : après l'humanitarisme du Moyen âge, l'individualisme romain est revenu en effet en faveur. Qu'on le veuille ou non, c'est lui qui est le grand inspirateur de la législation sous laquelle nous vivons. Personnellement nous nous en louons ; d'autres le déploreront sans doute. Mais c'est là un fait devant lequel il convient de s'in-

cliner. C'est ainsi que dans notre matière il a paru que si la bonne foi du pollicitant était digne d'intérêt, plus jalousement encore il conviendrait de sauvegarder la liberté du destinataire de l'offre.

Rassurons-nous d'ailleurs : individualiste et inhumain ne sont point synonymes : et par le jeu harmonieux des principes juridiques, il nous sera facile d'esquiver les solutions inéquitables.

b) Sa formule. — Infiniment simple est donc notre théorie que nous pouvons résumer très succinctement : *Réduit à lui-même, jamais le silence n'a la valeur intrinsèque d'un consentement.*

c) Ses limites. — Deux puissances seules, parce qu'omnipotentes, peuvent l'*y assimiler dans ses résultats :* la volonté des parties et la loi :

1° *La volonté des parties* d'abord : il est aisé de concevoir qu'en toutes hypothèses où un texte impératif n'y met point obstacle, des particuliers peuvent convenir que, dans leurs rapports respectifs, le silence de l'un en regard d'une pollicitation de l'autre vaudra acceptation.

Cette convention pourra constituer, en matière commerciale surtout, un procédé pratique pour simplifier les rapports entre les parties. Ne pourrai-je convenir par exemple avec mon banquier que lorsque je lui adresserai un ordre, il sera considéré comme ayant souscrit à ma pollicitation s'il ne m'informe immédiatement qu'il ne peut ou ne veut en assumer la charge ? On pourrait même concevoir une telle convention entre présents : si par exemple, me trouvant à une vente aux enchères, je prie un tiers d'enchérir pour mon compte jusqu'à indication contraire : à chaque enchère nouvelle, — et en exécution de

notre stipulation primitive — ne suis-je point censé donner par mon silence, un mandat nouveau?

En quoi s'analysent de telles conventions? En l'attribution d'une valeur inusitée au silence qui se trouve ainsi promu au rang d'une adhésion? Un analyste plus minutieux devrait plutôt, nous semble-t-il, dire que là encore le silence conserve son ordinaire inefficacité créatrice et chercher l'essence du consentement nécessaire dans la convention passée originairement entre les parties et valant acceptation consentie d'avance et *generaliter* par l'une de telles pollicitations de l'autre, sauf révocation expresse.

Il est donc permis de douter en telles hypothèses de la réalité d'un rôle créateur du silence. Ne se borne-t-il pas à confirmer purement et simplement un accord général intervenu antérieurement? et ne nous trouvons-nous pas ainsi ramenés par un bizarre détour au principe même du silence conservateur (1)?

2° *La loi.* Passons à l'étude des hypothèses où le silence apparaît comme promu par la loi à la hauteur d'un consentement.

Dans notre Droit, on en cite d'ordinaire deux : le mandat tacite, et la tacite reconduction.

Le rôle du silence en matière *de mandat tacite* est d'ailleurs fort restreint.

Il ne saurait en être question tout d'abord en matière d'acceptation résultant de l'exécution par le mandataire (art. 1985 § 2, C. C.) : il s'agit ici en effet d'une acceptation « tacite » (2) des plus caractérisées.

D'autre part, et contrairement aux solutions consacrées par le Droit Romain et l'Ancien Droit, il est généralement admis

(1) Voir *supra,* pp. 19-20.

(2) Dans le sens précis que nous nous sommes attachés à dégager *supra,* p. 46.

aujourd'hui que le silence du mandant ne vaut point en principe acceptation. En d'autres termes, la connaissance par le maître de la gestion d'affaires exercée à son profit, et son défaut de protestation ne sauraient suffire, en l'absence d'un fait précis d'adhésion pour la transformer d'office en mandat : c'est qu'en effet, comme le remarque M. Baudry-Lacantinerie, dans ce cas « manque le concours de volontés nécessaire à toute convention (1) ».

A vrai dire, l'acte d'adhésion exigé du mandant peut — malgré une controverse résultant de la rédaction ambiguë de l'art. 1985, § 1 — être donné même de façon implicite. Et n'est-ce point le cas de ces mandats qualifiés d'ordinaire de tacites tels que celui de toucher le prix d'une créance donné à un huissier par le fait seul qu'on lui en a remis le titre? Voilà un exemple typique de mandat donné *re* ; mais le silence n'y joue aucun rôle.

On ne saurait au contraire dénier son rôle apparent en matière de mandat tacite donné à la femme mariée pour les dépenses courantes du ménage, et aux domestiques pour les menues fournitures au comptant. Là en effet le mari ou le patron, s'ils ne se dégagent publiquement, sont considérés d'office comme mandants et rendus responsables des dépenses faites en leur nom par leur femme ou leur domestique, dans les limites indiquées plus haut. Mais est-ce à dire que c'est dans leur silence qu'il convient de puiser l'élément créateur du mandat ? Non certes ; mais dans le mariage lui-même,

(1) En ce sens : Larombière, art. 1372, n° 13 ; Demolombe, XXXI, n° 65 ; Aubry et Rau, IV, p. 637, § 411, note 2 ; Baudry et Wahl, t. XXI, § 483 (arg.: art. 1372); Civ. Cass., 4 août 1874, D. 75. 1. 163 ; Req. 22 nov. 1876, D. 77. 1. 150 ; Req. 24 avril 1882. D. 82. 1. 288 ; Dissertation de M. Pic sous Alger, 5 mai 1896, D. 99. 2. 409, notes 1-6, p. 414, col. 1.

(2) Voir Planiol, t. II, p. 720, § 2141.

mais dans le contrat de louage d'ouvrage auxquels une jurisprudence traditionnelle, à défaut d'un texte législatif, attache comme conséquence la dation d'un mandat, ce d'ailleurs exclusivement au regard des tiers et pour assurer leur sécurité.

Il n'est trace dans tout cela de silence-créateur.

En manière *de tacite reconduction* au contraire, nous aurions mauvaise grâce à ne pas reconnaître que les articles 1738, 1759, 1776 C. C., en décidant qu'un bail est renouvelé « si à l'expiration des baux écrits, le preneur reste et est laissé en possession », attribuent au silence un véritable rôle actif. Il y a ici de la part du preneur une pollicitation implicite, de la part du bailleur une sorte d'acquiescement par le silence.

De cet acquiescement, l'on ne saurait méconnaître la portée, quelle que soit la valeur juridique que l'on attribue à la tacite reconduction : qu'on y voie simplement « le fait de reporter à une date ultérieure le terme primitif (1) », ou, plus vraisemblablement, qu'on y relève au contraire, fort de l'autorité de Pothier (2), la création d'un contrat nouveau (3). Prorogation ou création nécessitant pareillement le consentement des deux parties, le silence se trouve, en effet, promu de toute façon au rang d'une adhésion. Cette controverse ne saurait donc nous émouvoir.

L'intérêt de cette dernière apparaît d'ailleurs assez mince en cas de louage. M. Demogue montre aisément qu'en d'autres hypothèses il en serait tout autrement et se fonde précisément,

(1) Arrêt isolé de la Cour de Paris du 15 déc. 1897, S. 99. 2. 293 et surtout note de M. Demogue au S. 1911. 2. 130, sous Besançon, 28 oct. 1908.

(2) *Traité du Contrat de louage*, n° 343, éd. Bugnet, t. IV, pp. 119 et suiv.

(3) Besançon, 28 oct. 1908, précité et nombreuses références en ce sens dans la note très documentée de M. Eismein, sous Req. 13 août 1899, S. 1900, I. 17.

pour combattre la théorie traditionnelle de tacite reconduction, sur l'utilité qu'il y aurait à y voir une prorogation du contrat primitif en cas de dissolution de société.

Mais n'est-ce point là une généralisation un peu hâtive? Ce n'est pas sans étonnement, avouerons-nous, que nous avons lu dans la note précitée de l'éminent professeur que « tout contrat passé pour une durée déterminée peut être renouvelé par tacite reconduction », que l'application faite de cette dernière par le C. C. au bail n'est « certainement que l'application spéciale d'une théorie générale » que M. Demogue formule ainsi : « Le contrat se continue par tacite reconduction toutes les fois que, le terme extinctif étant arrivé, les deux contractants ont continué à agir comme si le contrat existait encore (1). »

S'agit-il vraiment ici de tacite reconduction? L'expression « agir » employée semble bien impliquer le contraire, étant évident qu'en droit commun et sans faire intervenir l'art. 1738, les parties peuvent toujours proroger un contrat consensuel en manifestant implicitement leur volonté réciproque d'en continuer l'exécution. Ceci apparaît plus vivement encore si l'on examine à quelles conditions M. Demogue estime qu'un contrat d'assurance peut être prorogé par tacite reconduction : « Il faudra supposer que l'assureur persiste à verser des primes, l'assuré à les recevoir, et d'autre part, que ce dernier continue, comme par le passé, à contrôler les registres de paye... » Peut-on concevoir, tant de la part de l'assureur que de celle de l'assuré, manifestation plus éclatante de leur volonté de prolonger l'exécution du contrat? Nous sommes ici par excellence dans le domaine de la déclaration « tacite » de volonté

(1) Demogue, *loc. cit.*, p. 129.

au sens strict du mot. Mais il ne saurait être question de silence et partant de tacite reconduction (1).

Dans cette dernière, au contraire, la volonté du bailleur doit être déduite de son mutisme par une véritable présomption légale (2) ; à ce titre la tacite reconduction ne saurait être que du droit strict. Ainsi dans un récent arrêt (3), la Cour de Paris posait-elle fort judicieusement que la tacite reconduction, « spéciale aux baux des maisons et biens ruraux », ne saurait à aucun titre être considérée comme le corollaire d'un principe général, mais bien comme une dispositon spéciale dérogatoire au droit commun.

Cela est si vrai que le Droit romain qui nous l'a léguée ne l'admettait qu'exceptionnellement : seulement en matière d'immeubles rustiques, et limitée à une année, même en cas de bail d'une durée supérieure (4). Sans doute le législateur romain ne fit que sanctionner légalement une clause facilitant les relocations et passée dans l'usage entre propriétaires et locataires. Toujours est-il qu'actuellement nous ne saurions

(1) Il va de soi d'ailleurs qu'assureur et assuré — mais ceci a trait au silence promu par les parties à la valeur d'un consentement — peuvent adopter pour régler leurs rapports respectifs, pourvu qu'elles soient licites, telles dispositions qu'il leur plaira, plus ou moins calquées sur l'article 1738. Ainsi dans la pratique rencontre-t-on fréquemment dans les polices (et tel était précisément le cas de celle objet du litige tranché par l'arrêt de Besançon annoté par M. Demogue), une clause dite de tacite reconduction aux termes de laquelle l'assurance, à l'expiration de la période pour laquelle elle avait été contractée, continuera de plein droit pendant une période de la même durée si dans un certain délai l'une des parties n'a pas fait signifier à l'autre son désistement.

(2) Pothier n'écrivait-il pas déjà (*loc. cit.*, p. 119) : « La tacite reconduction est fondée sur une présomption de droit établie par la loi (Loi 14 au D. XIV. II) que l'usage a adoptée même dans les provinces de droit coutumier ».

(3) Paris, 20 déc. 1900, en sous note au S. 1911. 2. 129.

(4) Digeste, XIX. II. 13, § 11.

nier que dans l'hypothèse de la tacite reconduction notre Code, présumant, en quelque sorte, l'existence dans le bail d'une clause attribuant au silence du bailleur la valeur d'une adhésion, ait attribué à ce silence une façon de rôle créateur.

Cette solution, et toutes autres semblables qui pourraient être relevées doivent être interprétées restrictivement ; elles sont spéciales et variables selon les législations.

La tacite reconduction d'ailleurs, jusqu'à preuve du contraire, nous paraît isolée dans notre droit. Il ne nous apparaît point d'autre part qu'il y ait lieu de relever dans les Codes étrangers de nouvelles dérogations au principe général. On ne saurait attribuer en effet un tel caractère à l'article 1805, infiment vague et imprécis, du Code civil de la Louisiane ; quant aux articles 323 et 362 du Code de commerce allemand, ils apparaissent comme consacrant des solutions parfaitement conciliables avec les principes de notre législation (1). De même l'article 13 du Code de commerce italien ne fait que sanctionner une mesure protectrice des droits des tiers, un élargissement en quelque sorte du mandat tacite de la femme mariée ; l'article 70 vise une hypothèse de silence destructeur (droit à exercer dans un certain délai) ; l'article 451 enfin se réfère à l'évidence à un cas d'acceptation implicite au sens classique du mot.

***

Quoi qu'il en soit, on ne peut que constater partout, et en tous cas chez nous de façon incontestable, le nombre extrêmement réduit des hypothèses où une dérogation est admise au principe général de non efficacité créatrice du silence.

(1) V. *infra*, pp. 126 et suiv.

Hors le cas de la tacite reconduction très spécial et explicable historiquement, jamais peut-on dire, le silence, même en cas de convention des parties l'assimilant dans ses effets à une adhésion, ne peut être considéré comme renfermant en soi l'essence d'un consentement. Si bien que dans les cas exceptionnels que nous venons d'énumérer, où coïncident, de par la volonté des particuliers ou du législateur, silence et consentement, on ne doit point dire qu'il y a consentement parce que silence, mais consentement *malgré le silence*.

Notre système ne manque donc ni de précision, ni de simplicité. Seul, nous a-t-il paru, il est conforme aux principes rigoureux de notre Code civil. Mérite-t-il vraiment le reproche d'être ennemi de la bonne foi, d'aboutir en pratique à des solutions inéquitables? Nous ne saurions répondre à cette question qu'en abandonnant la théorie pour la pratique, en passant à l'étude et à la critique des décisions jurisprudentielles qui ont eu à résoudre ce délicat problème du silence.

TROISIÈME PARTIE

EXAMEN ET CRITIQUE DES SOLUTIONS PRATIQUES

CHAPITRE PREMIER

Application du principe général d'inefficacité créatrice du silence

Nous avons déjà vu, au cours de notre étude, combien unanimement les représentants de la doctrine ont proclamé que le silence réduit à lui-même, le *nudo silenzio*, ne saurait valoir consentement.

Nul n'a jamais songé à contester, dans la pratique, l'exactitude de cette règle générale dont il est aisé de relever des applications jurisprudentielles tant à l'étranger (1) que chez nous (2).

(1) Bruxelles, 1er mai 1873 ; Pasicr, 1874. 2. 206 ; et Trib. féd. Suisse du 15 mai 1886, cité par Baudry et Barde, t. I, p. 59, note 3. Cour d'appel de Venise, 17 déc. 1907, *Rivista di diritto commerciale*, 08, 11, pp. 148 et suiv., avec note Pacchioni.

(2) Voir notamment Cass. du 18 août 1818, D. R., v° Oblig., § 47, n° 1 ; Montpellier, 22 juillet 1904, D. 05. 296 ; Rennes, 16 février 1906, *Rec. Rennes*, 06. 119 (commandement d'un navire offert à un capitaine).

En France, la décision, souvent citée, qui a posé ce principe de la façon, semble-t-il, la plus précise, est un arrêt de cassation du 25 mai 1870 (1). Cet arrêt, cassant une décision de la Cour de Paris, décide qu'on ne saurait considérer comme ayant souscrit à une émission d'actions le tiers qui s'est borné à laisser sans réponse une lettre d'un banquier l'informant qu'il l'a porté sur la liste des souscripteurs de ces actions et débité du montant du premier versement à effectuer.

Presque toujours, en pratique, cette question se présente en matière d'offres adressées par des commerçants au public sous forme de projets de contrats d'adhésion : dans ce dernier cas, la jurisprudence se montre, avec grande raison, particulièrement ferme pour repousser l'idée de formation d'un contrat.

C'est, en effet, un procédé classique dans certains commerces que d'expédier *motu proprio* à des particuliers des colis de marchandises accompagnés d'une lettre aimable en informant les destinataires que sauf réexpédition dans un délai très court, ils seront considérés comme les ayant acceptés. Cette façon d'agir est, en soi, évidemment licite, et l'on conçoit fort bien que des commerçants habiles spéculent sur l'habituelle paresse humaine et sur la tendance naturelle des destinataires d'objets séduisants à en faire l'acquisition. Mais est-ce à dire que le défaut de protestation de ces tierces personnes et la non-réexpédition des marchandises équivalent à une acceptation, scellent entre l'expéditeur et le destinataire un lien de droit?

Nombre de personnes, mal édifiées sur ce point, préfèrent, pour éviter tout ennui, surtout s'il s'agit d'un objet sans

(1) D. 70. 1. 227 ; S. 70. 1. 341.

grande valeur (1), en payer le prix sans protestation à la présentation de la traite. Leur droit pourtant, incontestable, est de refuser et le paiement et la réexpédition des objets. Nul ne saurait leur reprocher leur inaction, nul contrat n'a pu se former.

La jurisprudence a fait d'assez nombreuses applications de ces idées en matière d'envoi d'échantillons (2).

Il est admis également que le fait de recevoir sans protestation un journal ne saurait constituer une adhésion, même si la bande portait la mention : « Le destinataire sera considéré comme abonné s'il ne réexpédie la publication à l'éditeur. » La solution serait identique s'il s'agissait d'un abonnement déjà expiré et si le journal avait continué cependant la livraison, mais en indiquant que l'abonnement se continuerait à moins d'avis contraire (3). On ne saurait, en effet, voir ici une tacite reconduction, et il est impossible d'y relever les éléments indispensables d'un contrat (4).

(1) Par exemple ces diplômes de conseillers municipaux, évoqués par M. Dollat dans sa thèse sur les contrats d'adhésion, diplômes harmonieusement enguirlandés d'emblèmes pacifiques et d'attributs guerriers, dont certaines astucieuses librairies inondent nos nouveaux édiles à chaque élection et qui n'ont d'autre valeur que celle que leur imprime leur pseudo-cachet officiel.

(2) V. notamment Toulouse, 11 juin 1881, S. 83. 2. 8, D. 82. 2. 206; Trib. paix Lagny, 13 mai 1898, *Loi* 8 octobre 1898 ; Trib. civ. des Andelys, 16 fév. 1904, *Gaz. Trib.*, 04. 2. 327.

(3) Douai, 10 mars 1874. D. 74. 2. 153 ; Trib. paix de Molliens-Vidame, 3 juillet 1883. J. G. S. v° Oblig., § 29, n° 3; Civ. Seine, 19 avril 1893, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 162. V. cependant *contra* : Trib. paix de Rosières, 10 janv. 1883. J. G. S. Oblig. § 23, n° 3 et Trib. paix Compiègne, 16 août 1895, D. 96. 2. 389.

(4) Même solution négative au cas où la clause de réabonnement serait insérée sur la quittance délivrée ensuite du paiement de l'abonnement expiré. Trib. paix Toulon, 5 nov. 1898, *Mon. J. Paix*, 99, 70.

Toutes ces solutions nous paraissent parfaitement légitimes. Et comment justifier, en effet, une solution inverse? Car ce serait donner au silence une signification et une portée qu'il n'a pas; ce serait surtout permettre aux importuns d'imposer à quiconque une obligation nouvelle : celle de payer le prix de l'objet expédié, ou même simplement d'en assurer la réexpédition.

Or, cela nous ne saurions l'admettre, si insignifiante que soit la prestation à accomplir. S'agirait-il même d'un objet peu volumineux, un billet de loterie, par exemple, et l'organisateur l'eût-il accompagné d'une enveloppe affranchie à sa propre adresse, en informant le destinataire que sauf réexpédition dans les huit jours il le considérerait comme acceptant, nous dirions là encore que le contrat n'a pu se former; car, si minime que soit le dérangement qu'éprouverait le destinataire à mettre le billet dans l'enveloppe et l'enveloppe à la poste, ce n'en est pas moins une prestation indue qu'il devrait effectuer, et nous ne saurions la lui imposer. Ce n'est d'ailleurs qu'après mûre réflexion que nous avons adopté cette solution particulièrement rigoureuse en ce qu'elle peut permettre, dans certaines hypothèses, au destinataire des billets de jouer à coup sûr en attendant le tirage de la loterie pour prendre parti. Il est vrai; mais l'expéditeur n'est-il point lui-même le seul artisan de la situation sans issue où il se trouve enfermé?

Une seule limitation à ce système résulte du principe de l'enrichissement sans cause et du paiement de l'indû. Le seul droit de l'expéditeur sera de reprendre ses objets; s'ils sont perdus ou détériorés, il ne peut réclamer de dommages-intérêts que dans les limites où le destinataire a profité de l'envoi.

Cette indemnité devra, d'ailleurs, être arbitrée uniquement

d'après l'avantage effectif que le destinataire aura pu retirer des objets reçus par lui et dont, en aucun cas, il ne devra répondre des risques. S'il s'agit d'un journal, par exemple, les dommages-intérêts ne pourront porter que sur la valeur du papier (1).

(1) « Attendu que, s'il est regrettable que C... n'ait pas renvoyé le journal à l'expéditeur, et ait ainsi profité tout au moins du papier de ce journal, cette faute, qui ne saurait l'obliger à payer l'abonnement, pourrait donner lieu contre lui à une demande en dommages-intérêts de la part des époux Japiot dont il échet de réserver à cet égard les droits... » Civ. Seine, 19 avril 1893 précité.

CHAPITRE II

Hypothèses où l'on a cru trouver des dérogations au principe

Il nous convient maintenant de passer en revue le faisceau d'hypothèses sur lesquelles les partisans du silence-acceptation échafaudèrent leur doctrine.

Un seul parmi eux tenta jadis de les grouper avec logique, et de bâtir une théorie générale du silence créateur d'obligations. Je veux parler de M. Ranelletti qui déterminait ainsi les conditions moyennant lesquelles le silence peut engendrer des obligations :

I. Qu'il y ait connaissance des actes accomplis ou des paroles prononcées par l'agent, et que ces actes ou ces paroles concernent les intérêts de celui qui se tait ;

II. *a*) Qu'il y ait réellement entre l'agent et celui qui se tait des rapports antérieurs, ou bien que ce dernier ait l'habitude, par suite de sa profession, d'entretenir des rapports semblables à ceux où l'agent a manifesté l'intention d'entrer avec lui ;

b) Qu'il résulte d'indices sérieux que de pareils rapports existent, quand la question se pose à l'égard des tiers.

(1) Ranelleti, *loc. cit.*, p. 25. Traduction de M. Valéry : *Contrats par correspondance*, § 88, note.

III. Que le destinataire de l'offre ait joui de la plus grande facilité pour intervenir et pour manifester expressément sa volonté, si elle eût été contraire à la formation du contrat ;

IV. Enfin, comme mesure du degré que doivent présenter ces conditions, il faut qu'un *bonus vir* qui se serait trouvé dans la même situation que celui qui a gardé le silence eût cernement exprimé sa volonté, s'il avait voulu repousser l'offre.

L'imprécision de telles propositions éclate aux yeux, et l'on sent à merveille l'effort patient du juriste tentant d'englober dans une formule générale le plus grand nombre possible d'hypothèses concrètes.

Une telle méthode n'a jamais abouti qu'à des résultats négatifs ; car toute formule ainsi construite artificiellement et après coup — dans le seul but évident de résoudre équitablement une ou plusieurs espèces — doit nécessairement être trop étroite ou trop large, le juriste le plus subtil ne pouvant avoir simultanément à l'esprit toutes les hypothèses réalisables.

Et le savant auteur italien ne devait-il pas sentir le caractère factice de son échafaudage, par la difficulté même qu'il ressentait pour établir sa formule générale ? De cette dernière d'ailleurs on a dès longtemps démontré l'absolu manque d'exactitude. A quoi bon la discuter point par point, puisque M. Valéry lui-même, disciple de Ranelletti, reconnaît qu' « il serait bien difficile, ou pour mieux dire impossible de poser une règle qui permette de reconnaître *a priori* si, dans une hypothèse déterminée, le silence de la partie qui se tait doit être considéré comme une acceptation tacite (1) ».

Ainsi tous les partisans du silence-acceptation se sont trouvés amenés — et n'est-ce point l'aboutissement logique d'un système fondé uniquement sur l'équité ? — à poser à leur

(1) Valéry, *loc. cit.*, § 89.

thèse des bornes extrêmement vagues. Ranelletti lui-même ne limitait-il pas sa formule par le critérium du *bonus vir ?* Demolombe, Aubry et Rau, Beudant exigent que le destinataire de l'offre soit mis en demeure de répondre ; mais quand sera-t-il en demeure ? De même quand M. Borgna, qui prétend synthétiser la doctrine la plus scientifique et moderne sur notre problème déclare : le silence ne vaut acceptation que quand il est dolosif (1), quand le Code de la Louisiane édicte dans son article 1805 que l'acceptation peut être faite par le silence et l'inaction dans les cas où les circonstances autorisent à les interpréterainsi, ces formules sont tellement imprécises qu'elles en perdent toute portée.

Si bien que devient singulièrement éloquent l'aveu d'un de nos irréductibles adversaires, M. Pacchioni, reconnaissant que la doctrine dont il s'est fait le champion « n'a pas encore trouvé sa formule précise ; et peut-être sera-t-elle encore longtemps à la chercher, parce qu'innombrables sont les cas relativement auxquels on peut discuter l'effet à attribuer au silence, que ces cas sont fort disparates, et qu'enfin on ne s'est pas encore mis d'accord sur les principes qui doivent servir de base à l'interprétation (2) ». Ne peut-on légitimement se demander quand la théorie du silence-acceptation, maintes fois séculaire, trouvera enfin sa formule exacte ?

En l'absence d'un corps de doctrine existant et qui puisse nous servir de guide, il nous faudra donc examiner isolément les hypothèses disparates où peut se poser le problème objet de notre étude.

Ces hypothèses, M. Valéry, M. Baudry-Lacantinerie, d'autres encore, les ont empiriquement groupées en plusieurs

(1) Borgna, *loc. cit.*, § 94.

(2) Pacchioni, *loc. cit.*, p. 24.

catégories, s'inspirant d'ailleurs étroitement de la classification adoptée pour la première fois par M. Marghieri (1).

Pour notre part, nous préférons plus simplement diviser notre étude en deux parties générales, selon que le silence paraît devoir entraîner :

I. Soit la création d'un contrat nouveau ;

II. Soit certaines modifications à une convention déjà existante.

SECTION I. — Création d'un contrat nouveau

Les auteurs reconnaissent d'ordinaire l'efficacité du silence comme mode d'acceptation dans trois groupes de cas :

I. Si le contrat était stipulé dans l'intérêt exclusif du destinataire de l'offre ;

II. En cas de relations existant antérieurement entre les parties ;

III. Si la proposition a été provoquée par celui-là même qui l'a reçue.

A. — Intérêt exclusif du destinataire de l'offre. — Le silence doit être assimilé à un consentement, déclare M. Baudry-Lacantinerie « quand celui à qui l'offre est adressée n'a absolument, soit au point de vue pécuniaire, soit au point de vue des convenances, aucun motif de la refuser (2) ».

Théoriquement, une telle conception est difficilement conci-

(1) Marghieri. *Il diritto commerciale italiano*, t. I, § 51.

(2) Baudry et Barde, t. I, § 45, 2e ; *id.* Valéry, *loc. cit.*, § 90, n° 1 ; Demolombe, t. I, § 58, n° 2.

liable avec les textes de nos Codes (1), sauf à donner à l'article 1108 l'interprétation fantaisiste proposée par Demolombe et universellement repoussée aujourd'hui (2).

En pratique, nous voyons malaisément comment pourraient se réaliser de telles hypothèses desquelles il faudrait exclure *a priori* toutes celles présentant le caractère d'une donation.

M. Valéry cite cependant l'offre pure et simple de décharger un débiteur de son obligation, ou encore la déclaration qu'on renonce à invoquer la prescription libératoire (3). Dans ces divers cas, dira-t-on, le consentement du débiteur est présumé. Allons plus loin, ce consentement est superflu, car les renonciations à des droits ne sont pas des contrats.

Faudrait-il réduire alors ce groupe de cas de silence-acceptation à quelques hypothèses exceptionnelles, telles que l'obligation de maintenir une offre faite avec fixation de délai? Ce serait un bien maigre champ d'application. Et encore — croyons-nous l'avoir montré (4) — il ne faut voir ici rien moins qu'une des rares admissions dans notre droit du caractère obligatoire de la déclaration unilatérale de volonté.

Hors de là nous ne voyons pas en vertu de quelle idée il serait loisible d'assimiler le silence à un consentement sous le prétexte que le destinataire de l'offre a tout intérêt à l'accepter. Tout au plus pourrait-on dire qu'une telle considéra-

(1) Cfr. Planiol, II, § 966 : « Même dans les contrats unilatéraux comme la donation, où une seule des parties s'engage envers l'autre, le consentement, c'est-à-dire l'accord de volonté, est nécessaire : la volonté du donataire, qui ne s'oblige à rien, y est aussi indispensable que celle du donateur qui s'oblige seul. »

(2) V. Demolombe, t. XXIV, § 58, n° 2. Réfutation dans Baudry-Lacantinerie et Barde, t. I, § 27, p. 24.

(3) Valéry, *loc. cit.*, § 90, § 1.

(4) Voir *supra*, p. 31.

tion peut faire admettre plus aisément, si le cas est douteux, qu'il y a acceptation tacite (1).

B. — **Existence de rapports antérieurs entre les parties.** — Ceci est l'hypothèse type de la prétendue acceptation par le silence : « Lorsqu'un négociant est déjà en relations d'affaires avec la personne qui lui adresse une lettre portant un ordre d'expédition, son silence prolongé peut être interprété dans le sens de l'acceptation. »

Un exemple : « Dans les premiers jours du mois de décembre, écrit M. Valéry, Pierre, restaurateur à Montpellier, écrit à Jacques, marchand de comestibles à Paris, et *son fournisseur habituel* : Je compte sur vous pour me procurer telles et telles denrées dont j'aurai besoin pour la Fête de Noël. Il est évident que si Jacques ne répond pas à cette lettre, son silence témoigne amplement de l'approbation qu'il donne à son contenu (2). »

Il serait aisé de multiplier les exemples, qu'il suffirait de puiser parmi les nombreuses applications faites par la jurisprudence de la même idée (3).

(1) Voir en ce sens Cass., 15 avril 1874, D. 75. 1. 356, S. 74, 1. 432. Dans l'espèce d'ailleurs la Cour suprême avait relevé les éléments d'une acceptation tacite dans la présentation à l'enregistrement de la promesse de vente litigieuse par ses bénéficiaires. Malgré l'autorité de M. Valéry, nous ne saurions attribuer qu'une portée analogue à Cass., 12 mars 1889, *Gaz. Pal.*, 89. 2. 291.

(2) Valéry, *loc. cit.*, § 94.

(3) A vrai dire, souvent les juges tirent les éléments du consentement d'un faisceau de circonstances où la présomption d'acceptation en raison du silence combiné avec l'existence de rapports antérieurs ne joue qu'un rôle secondaire. V. notamment : Trib. comm. Lyon, 20 mai 1852, *Gaz. Pal.*, 82. 2. 137 (à noter l'attendu : « ... qu'au contraire il les retranche formellement du total qu'il réclame maintenant... »); de même dans Bordeaux, 3 juin 1867, S. 68.

En matière de mandat et de commission notamment, il est certain que le mandataire ou commissionnaire qui a coutume de se charger de missions pour le compte d'un tiers sera réputé avoir accepté s'il omet de répondre négativement à une lettre de ce tiers lui donnant un mandat ou une commission. C'est ce que dit expressément le Code de commerce allemand dans son article 323 (1).

Et réciproquement *entre parties en relations d'affaires* la ratification d'actes de gestion accomplie par l'une au profit de l'autre peut résulter du simple silence de cette dernière si elle en est au courant (2).

D'autres hypothèses sont controversées : ainsi, quand un compte courant existant entre deux commerçants, l'un d'eux envoie à l'autre l'extrait de ses livres qui le concerne, et que celui-ci ne proteste pas contre les énonciations de ce compte, faut-il le considérer comme y adhérant ? Certes oui, répond M. Valéry, invoquant à l'appui de sa thèse un jugement du

2. 183, la décision précise que le marché avait reçu un commencement d'exécution.

Le principe est posé en revanche assez nettement dans : Cass., 8 Germinal an XI ; S. 1804, 1. 150 ; Aix, 15 mai 1826, S. et P. *chr.* ; Rouen, 9 avril 1840, D. J. G., Vente § 93 ; Aix, 13 août 1873 ; D. 77. 5. 456 ; Trib. comm. Nantes, 21 mars 74, *Jur. Nantes*, 74. 1. 219 ; Rouen, 7 avril 1886, *Rec. Havre*, 1885, p. 122 ; Montpellier, 3 juillet 1885, S. 86. 2. 56 ; Aix, 15 mars 1900, *Jur. de Marseille*, 00. 1. 183 ; et implicitement dans Trib. comm. Nantes, 19 mai 1905, D. 08. 2. 313, avec note Valéry.

Et aussi, mais de façon beaucoup plus enveloppée dans : Pau, 16 juillet 1852, S. 52. 2. 417 ; Bruxelles, 25 février 1867 ; Lyon, 27 juin 1867, S. 68. 2. 182.

(1) Cfr. C. de Comm. Hongrois, art. 321, § 1 ; Code fédéral des obligations, art. 5, al. 3.

(2) Cass., 3 juin 1845, D. 45. 1. 324 ; Rouen, 3 juillet 1846, D. 46. 2. 201 ; Cass., 7 avril 1851, D. 51. 1. 93 ; Req., 13 août 1863, D. 63. 1. 460. Spécialement en ce qui concerne les commandes adressées par un commis voyageur à son patron, voir Trib. comm. Nantes, 11 novembre 1894, *Rec. Nantes*, 95. 1. 109.

Tribunal de commerce de Nantes (1) ; non, semble dire au contraire la Cour de cassation statuant à la vérité sur le point accessoire de savoir si le défaut de réponse d'une partie en présence d'une lettre de l'autre offrant de lui régler le solde du compte, arrête pour ce reliquat le cours des intérêts (2).

Au surplus, nous aurions mauvaise grâce à vouloir fixer les solutions jurisprudentielles dans un cadre trop étroit, la Cour de cassation elle-même ayant reconnu qu'ici, il ne s'agissait que d'une question de fait, échappant à sa censure (3).

Mais, laissant de côté le détail abandonné à l'appréciation du juge du fait, il nous est permis de nous poser une question : jusqu'à quel point, comment et pourquoi le silence, matière inerte, se trouve-t-il transmué, par le fait seul que les parties étaient en relations d'affaires, en élément créateur ?

Le principe même d'une telle transformation ne laisse pas de nous apparaître comme singulièrement troublant. Sans doute, on invoquera les nécessités du commerce, la bonne foi, l'équité ; ce sont là grandes choses, mais le plus petit texte ferait bien mieux notre affaire. On nous aveuglera du spectre poussiéreux d'un Menocchius ou d'un Casaregis pour poser ensuite, comme une vérité intangible : « En effet les relations antérieures de deux parties rendent une réponse obligatoire si la proposition n'est pas acceptée (4). » Peut-être, mais pourquoi ?

(1) Nantes, 2 août 1879, *Jur. Nantes*, 79. 1. 293. De même, en Italie, M. Vivante (Traité, t. IV, § 1718) bien qu'adversaire en principe de l'acceptation par le silence paraîtrait assez disposé à admettre en matière de compte courant une solution inverse.

(2) Cass., 11 janv. 1886, *Gaz. Pal.*, 86. 1. 305.

(3) Cass., 15 avril 1874, D. 75. 1. 356, et surtout Cass., 3 mars 1880, D. 80. 1. 455.

(4) Valéry, *loc. cit.*, § 94.

Et ne convient-il pas, d'autre part, d'établir quelle est la mesure de cette notion : « Rapports antérieurs » ?

Prenons, en effet, un exemple très simple : celui-là même proposé par Pacchioni dans son argumentation à notre encontre : Supposons que, client habituel d'un libraire, je reçoive de ce dernier un livre à titre d'échantillon, et afin de l'examiner ; je conserve l'ouvrage par devers moi un long laps de temps, une année par exemple. Je pourrai être tenu quasi-contractuellement (1), en raison de mon enrichissement sans cause. Le serai-je contractuellement ?

Si c'était depuis des années mon habitude de me faire adresser ainsi des spécimens d'ouvrages, les renvoyant aussitôt s'ils ne me plaisaient pas, il est évident que ma conduite dans l'espèce précitée signifiera à coup sûr la volonté d'accepter.

Mais est-ce à dire qu'il en serait de même dans tous les cas ? Non, certes ; et nous avons montré dans notre étude théorique, que, si pareille hypothèse se réalisait entre étrangers, le contrat ne pourrait se former, faute de consentement.

Suffira-t-il même, qu'une seule fois j'aie fait chez le même libraire des achats au comptant ? Non encore.

Et pourtant, dans cette dernière hypothèse, il existait évidemment entre nous, au sens large du mot, *des rapports antérieurs*. C'est donc que ces derniers ne réagissent sur la valeur intrinsèque du silence qu'autant qu'ils présentent certains caractères (2).

(1) Dans les strictes limites de l'avantage effectif que j'en aurai retiré. V. *supra*, p. 119 et Civ. Seine, 19 avril 1895, *Gaz. Pal.*, 93. 2. 162.

(2) Dans l'espèce type qui a motivé l'arrêt de Cassation de principe du 25 mai 1870 précité, refusant toute efficacité au silence, le défendeur reconnaissait parfaitement être en relation d'affaires avec le demandeur, et notamment avoir eu des pourparlers avec lui relativement à l'affaire en litige.

Une certaine continuité dans les relations suffira-t-elle ? Non encore. Car le fait d'avoir acheté chez le libraire, fût-ce pendant vingt ans consécutifs, des livres choisis chez lui à l'étalage, nous semble influer bien moins sur la solution du problème que le simple acte de s'être fait envoyer par lui, ne fût-ce qu'une fois, des ouvrages comme spécimens, et d'avoir manifesté sa volonté de les garder en ne les renvoyant pas.

Il nous paraît, en résumé, qu'il ne faut point trop se laisser tromper par la facilité berceuse de la notion de « rapports antérieurs ».

D'abord, parce que notre esprit ne saurait être satisfait par la justification extrêmement vague qu'on nous propose d'une dérogation aussi grave aux règles essentielles de la formation des contrats ; ensuite et surtout, parce que telle qu'on l'entend d'ordinaire, la notion de rapports antérieurs n'est limitée et localisée par aucun critérium précis.

Nous préférons rester fidèle aux principes généraux de la théorie des obligations que nous nous sommes attaché à dégager dans la première partie de notre étude : jamais le silence ne peut être assimilé au consentement dans ses effets autrement que par la loi ou la volonté des parties.

Or, dans notre hypothèse, n'est-ce point le destinataire de l'offre qui par sa conduite antérieure a attribué à son propre silence, dans ses rapports à venir avec un tiers déterminé une signification précise ?

Nous avons vu que deux particuliers pouvaient convenir que le silence de l'un en regard des pollicitations de l'autre vaudrait acceptation, convention qui comme toute autre pouvait être conclue tacitement.

Lorsque la question se posera donc en fait de savoir s'il y a consentement, nous ne nous demanderons pas : « Existait-il entre les parties des rapports depuis un mois, un an ou dix

ans? » Mais : *Peut-on relever dans ces rapports les éléments constitutifs d'une convention primitive attribuant pour l'avenir au silence la valeur d'une adhésion ?*

Tel est le seul critérium auquel doit, nous paraît-il, se référer le juge du fait.

Dans la pratique, cette convention tacite pourra être souvent relevée : dans les pourparlers déjà engagés s'il s'agit d'une affaire en cours, ou, s'il s'agit d'une affaire nouvelle, dans les affaires identiques ou analogues passées antérieurement entre les mêmes parties.

Dans la première hypothèse, en effet, souvent la correspondance échangée révélera que les parties, ayant discuté déjà le principe du marché, ont laissé à l'une d'elle le soin d'en régler les détails, sauf protestation de l'autre. En cas d'affaire nouvelle, il sera possible d'établir que les parties avaient coutume, dans leurs rapports respectifs, de se dispenser unilatéralement ou mutuellement de toute manifestation extérieure de leur volonté d'accepter, se contentant ainsi comme base du consentement de la réception de l'offre non suivie de refus.

Alors pourra-t-on décider, sans déroger en rien aux principes généraux des obligations, que le silence devra dans ses effets être assimilé au consentement ?

Sans doute, en cette matière infiniment complexe, liée intimement aux faits, on ne saurait nous demander, et ce serait imprudent de notre part, de proposer un critérium rigide, inflexible. Il nous paraît du moins que l'adoption de notre méthode — d'ailleurs suivie en fait, plus ou moins inconsciemment, par la jurisprudence — pourrait apporter au magistrat un guide logique à son appréciation souveraine.

En tout état de cause d'ailleurs, il faudra tenir compte dans la plus large mesure des circonstances dans lesquelles se présentera chaque espèce.

Il est une matière notamment où, nous le savons, le formalisme est banni plus sévèrement que partout ailleurs, où la nécessité de traiter rapidement les affaires fait qu'on sera d'autant moins rigoriste pour admettre l'existence d'une acceptation tacite : c'est en matière commerciale.

Aussi admettrons-nous d'autant plus aisément dans cette matière l'existence d'une convention tacite attributive au silence d'un effet créateur : ce d'ailleurs non point parce que nous estimons que les principes généraux de la théorie des obligations doivent fléchir devant les nécessités du commerce, mais uniquement parce qu'entre commerçants, pour aller plus vite, on s'abstient souvent de rédiger expressément une convention telle que celle que nous énoncions plus haut, se fiant à l'honnêteté réciproque des parties pour en assurer le respect; que d'ailleurs la loi commerciale, mettant le droit positif d'accord avec l'équité, se montre particulièrement libérale pour l'administration de la preuve des contrats.

C'est donc en un mot par une question de preuve et rien d'autre que nous croyons devoir expliquer l'admission plus facile en matière commerciale de ce qu'on est convenu d'appeler d'ordinaire improprement l'assimilation du silence au consentement en raison de l'existence de rapports antérieurs entre les parties.

Quoique justifiant différemment leurs solutions, c'est d'une façon sensiblement identique que la jurisprudence et la doctrine moderne résolvent la question.

Personne en effet ne s'avise plus aujourd'hui de poser en principe qu'entre commerçants le silence en regard d'une offre doit être assimilé à un consentement.

De cette thèse paraissent cependant s'être inspirés un cer-

tain nombre d'auteurs anciens et quelques arrêts (1). Elle est dans son ensemble abandonnée aujourd'hui.

La phrase fameuse de Casaregis : *Mercator recipiens epistolam et ei non contradicens censetur eam approbare* (2) ne visait en effet — chacun le reconnaît — qu'une hypothèse spéciale de mandat, et ne reflétait nullement l'opinion exacte de ce juriste sur l'ensemble de la question (3).

Ce serait d'autre part un raisonnement singulièrement spécieux que de justifier une telle solution par l'obligation, d'ailleurs indémontrée, imposée aux commerçants de tenir une correspondance et partant de répondre aux lettres à eux adressées. Après le très grand nombre d'auteurs éminents qui se sont élevés contre une telle manière de voir (4), il nous paraît suffisant d'en souligner au passage l'inadmissibilité.

La solution ne serait point différente, si au lieu d'une offre ordinaire, il s'agissait d'un « ordre » envoyé à un commerçant (5). Cette terminologie un peu spéciale pourrait-elle à elle seule justifier une solution d'exception ?

Il semble cependant que pour certains commerçants faisant métier d'exercer des commissions pour autrui, il convienne d'être particulièrement sévère. Ces commerçants dans l'Ancien

(1) Notamment Aix, 5 mai 1826, D. R. v° Oblig., n° 108, et Montpellier, 3 juillet 1885, précité. A relever dans ce dernier arrêt le considérant : « Attendu qu'en matière de commerce, l'absence de réponse à une lettre écrite à l'occasion de relations d'affaires entamées doit être réputée valoir comme consentement. »

(2) Casaregis, *Disc.*, 30, n° 60.

(3) V. Valéry, *loc. cit.*, § 97. Cfr. Casaregis, *Disc.*, 225, § 67. Quelle fâcheuse illusion que de s'en remettre, pour trancher une question vivante entre toutes, à un juriste vieux de plusieurs siècles !

(4) Valéry, *loc. cit.*, § 97 ; Baudry et Barde, t. I, § 46 ; Lyon-Caen et Renault, t. III, § 16.

(5) En ce sens pourtant : Delamarre et Le Poittevin, t. I, nos 243, 101 et 102.

Droit ne pouvaient pas refuser leurs services (1). Cette doctrine, aujourd'hui, n'est plus admise (2). Il n'en reste pas moins que pour ces mandataires et commissionnaires dont le métier même est de prendre en main les intérêts d'autrui, on peut relever une sorte d'offre permanente et générale au public qui permet de leur faire grief du fait seul de ne pas répondre immédiatement par un refus s'ils reçoivent une commission dont ils entendent ne point se charger (3).

Ce sont là d'ailleurs des solutions exceptionnelles. Et sur le principe, on ne saurait mieux le synthétiser que ne le fait M. Valéry lorsqu'il écrit : « On ne saurait admettre que le silence constitue toujours de la part d'un négociant une marque d'assentiment (4). » Toutefois « on doit admettre plus facilement que le silence est un indice de consentement si le destinataire de la lettre d'offre est un commerçant (5) ». Sous une forme différente, n'est-ce pas exactement au même résultat pratique que nous arrivions quand nous disions tout à l'heure : « On doit reconnaître plus facilement en matière commerciale qu'en matière civile la convention entre les parties d'une dispense de manifestation du consentement. Et nous avions ainsi l'avantage de ne déroger en rien aux principes généraux. »

(1) Casaregis, *Disc.* 190, nos 1 à 13.

(2) Sauf bien entendu pour ceux qui exercent un monopole (agents de change, courtiers maritimes et d'assurances maritimes). V. Lyon-Caen, *loc. cit.*, t. III, § 426. Situation analogue en droit civil pour les avoués.

(3) Lyon-Caen, *loc. cit.*

(4) Valéry, *loc. cit.*, § 97. Et cet auteur corrobore son opinion du considérant suivant du Trib. comm. d'Anvers, 29 sept. 1863 (*T. Anvers*, 64. 1. 59) : « Si dans le commerce le silence gardé sur une lettre reçue peut équivaloir à un consentement, c'est d'après les circonstances de fait, et nullement d'une manière générale et absolue. »

(5) Dans le même sens : Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, t. III, n° 16. Baudry et Barde, t. I, § 45, n° 1.

Nous pouvons donc conclure notre étude sur le silence créateur d'un contrat nouveau en disant qu'en fait et dans l'ensemble nous sommes parfaitement d'accord avec la jurisprudence sur les solutions pratiques à admettre.

Si bien que si l'on compare d'une part le décousu apparent des décisions jurisprudentielles, et d'autre part leur concordance presque parfaite avec le critérium que nous proposons, on ne peut se défendre de penser que déjà instinctivement et dès longtemps la jurisprudence l'a suivi. Ce n'est que théoriquement et dans les justifications qu'elle donne qu'il est aisé de relever des divergences avec notre thèse ; mais les résultats positifs obtenus sont sensiblement identiques. Très respectueusement, ne faisons-nous pas une simple confirmation avec modification des motifs ?

C. — **Acceptation par le pollicitant primitif.** — Dès avant l'étude de ce dernier cas proposé de silence-acceptation, nous avons donné nos conclusions sur le silence créateur d'un contrat nouveau, limité à l'hypothèse de relations antérieures. Comme celui d'intérêt exclusif du destinataire de l'offre, nous croyons en effet qu'il faut écarter de la question le cas qui nous occupe présentement.

Le silence, dira-t-on, doit être assimilé au consentement lorsque la proposition est provoquée par celui-là même qui la reçoit. L'exception, remarque fort judicieusement M. Baudry-Lacantinerie n'est qu'apparente : « La vérité, c'est qu'en provoquant l'offre celui à qui elle est adressée l'a acceptée par avance : ou plutôt en réalité la proposition émane de la partie qui est censée accepter, et l'acceptation de la partie qui semble faire l'offre, de telle sorte que, ni d'un côté ni de l'autre le consentement ne résulte du simple silence (1). »

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*, § 45, n° 2. Rien de plus exact qu'un tel point de vue : à quoi bon faire intervenir par exemple l'idée de

L'exactitude d'un tel point de vue éclate d'ailleurs aux yeux dès que l'on passe au crible les applications données par M. Valéry de ce troisième cas de silence créateur d'obligations contractuelles.

Un premier exemple est emprunté à M. Mancini et a trait aux administrations publiques qui « mettent en adjudication les fournitures à faire ou les travaux à exécuter, en fixant un prix maximum pour servir de limite aux offres, et en déclarant que le contrat sera conclu, sans qu'une approbation ultérieure soit nécessaire, avec celui des concurrents dont la soumission faite sous pli cacheté renferme les conditions les plus avantageuses (1) ». La formation d'un tel contrat nous semble absolument normale, et parfaite dès la remise du pli cacheté renfermant la soumission la moins onéreuse : l'offre faite d'une part par l'administration aux adjudicataires éventuels, et l'acceptation par ces derniers d'autre part, pour affectées qu'elles soient l'une et l'autre de certaines conditions ou restrictions, n'en sont pas moins expresses et ne sauraient soulever la moindre controverse. Quelle place reste-t-il pour le silence ?

Mais M. Valéry lui-même propose une application type : « Un fabricant de verdet annonce qu'il achètera tout le vieux cuivre qui lui sera offert à des conditions convenables. Je lui écris : « Je mets à votre disposition tel poids de cuivre « de telle qualité, moyennant tel prix. Si je ne reçois aucune « réponse contraire avant le 15 courant, je tiendrai le marché « pour conclu (2). » Si le délai fixé est raisonnable et s'il s'é-

silence pour justifier la solution fondamentale posée par Trib. comm. Nantes, 29 fév. 1896 (*Rec. Nantes*, 96. 1. 150), à savoir que « le défaut d'improbation d'une lettre confirmative d'un marché équivaut à une approbation implicite » ?

(1) Mancini, *Exposé des motifs du Code de Commerce Italien de 1882*, p. 34.

(2) Valéry, *loc. cit.*, § 95.

coule sans que le destinataire de la lettre m'ait répondu, le contrat doit être déclaré parfait. » Tel est exactement notre avis, à condition toutefois que le prix demandé ne soit pas excessif, cas auquel il sortirait du cadre de l'offre d'achat. Mais là encore pourquoi faire intervenir l'idée de silence ? La proposition, dira M. Valéry, « n'a pas été agréée expressément après qu'elle a eu lieu (1) ». A quoi bon ? Car le marchand de verdet a fait le premier une pollicitation générale. Comme le dit fort bien M. Valéry lui-même : « L'offre primitive dont il est l'auteur signifie en effet que toutes les propositions acceptables qui lui seront adressées recevront son agrément (2). » Dès par conséquent qu'à cette offre au public viendra s'accoler l'acceptation d'un tiers, le contrat sera parfait et définitif (3) ; et nul ne devrait s'étonner de l'éventuelle exigence d'une lettre confirmative adressée par l'acceptant au pollicitant primitif plus que M. Valéry, partisan résolu quant à la formation des contrats par correspondance de la théorie de la déclaration !

M. Baudry-Lacantinerie reconnaît cependant un domaine d'application à la prétendue dérogation que nous étudions actuellement « si la personne qui a pris l'initiative de la convention a simplement indiqué l'objet de celle-ci sans en régler les détails. Dans ce cas, il suffira la plupart du temps que la proposition qui suivra porte sur l'objet prévu pour que les

(1) Valéry, *loc. cit.* § 95.

(2) *Ibid.*

(3) Nombreuses applications de la même idée dès qu'on se trouve en présence d'une offre quelconque adressée au public, suivie d'acceptation. Voir notamment : Seine, 22 août 1882, *Gaz. Pal.*, 82. 2. 398 : le directeur d'un journal portant en sous titre : « Journal d'annonces judiciaires », qui croit avoir un motif légitime de surseoir à l'insertion d'une annonce est tenu d'en informer aussitôt l'expéditeur. » Voir aussi Cass., 29 novembre 1869, D. 70. 1. 204.

juges reconnaissent au silence de celui qui reçoit l'offre la valeur d'une acceptation (1) ».

Bornons-nous à noter qu'ici il ne s'agit plus de la création d'un contrat nouveau, mais d'une modification apportée à un contrat déjà formé. Ainsi passons-nous au dernier chapitre de notre étude.

SECTION II. — Modifications a un contrat déja conclu

A. — **Hypothèse-type. — Silence gardé au reçu d'une lettre rectificative.** — Supposons un contrat conclu. En quoi et comment pourra être consentie sa modification par le silence ? pratiquement à la suite de l'envoi d'une lettre rectificative. Une partie informe l'autre postérieurement à la conclusion du contrat qu'elle entend que telle clause nouvelle y soit introduite, ou bien que telle clause existante soit interprétée dans tel sens déterminé. Le silence du destinataire de cette lettre équivaudra-t-il à une adhésion ?

Oui certes s'il résulte des circonstances de fait que les parties d'accord sur le principe du contrat, s'en sont remis à l'une d'elles pour en régler les détails, sauf protestation expresse de l'autre. Car alors, dans la terminologie courante, on pourra dire qu'il y a « rapports antérieurs (2) ».

Oui encore s'il est possible de relever dans les circonstances de la cause les éléments d'une acceptation nouvelle des modifications proposées ; par exemple dans Req. 18 octobre 1909 (3), la prise de possession du matériel opérée par le créancier avec le consentement du débiteur.

(1) Baudry-Lacantinerie et Barde, *loc. cit.*

(2) V. *supra*, p. 130. En ce sens : Trib. comm. Flers, 9 janv. 1906, *Gaz. comm. Lyon*, 27 mars 06.

(3) D. 1910. 1. 207.

Mais si nous posons au contraire la question d'une façon théorique, dégagée de toutes ces circonstances exceptionnelles, il nous paraît bien difficile de la résoudre autrement que par la négative.

Nous savons en effet combien rigoureuse est la règle qui veut qu'une convention ne se forme que par l'accord intime et parfait de deux volontés. Par application de cette règle, celui qui répond à une offre qu'il y adhère, mais en y apportant des modifications, ne l'accepte point en réalité (1). N'en sera-t-il pas de même à plus forte raison pour celui qui ayant accepté telle convention déterminée prétend après coup en changer la portée ?

C'est cependant l'opinion contraire que soutient M. Valéry (2). Il invoque en ce sens un arrêt de Bordeaux du 4 juillet 1843 (3), qui paraît effectivement adopter cette thèse. M. Valéry se borne à donner son approbation à cette décision. Mais il ressort du contexte qu'il entend la rattacher à la théorie des « rapports antérieurs ». Notons que cette théorie nous paraissait déjà singulièrement contestable lorsqu'elle aboutissait à la conclusion par le silence d'une affaire seulement ébauchée et pendante entre les parties. Nous y relevions en effet deux vices irrémédiables : au point de vue contractuel, la transmutation arbitraire du silence en consente-

(1) Lyon, Caen et Renault. Traité, t. III, p. 12, Trib. comm. Nantes, 7 juillet 1865, D. 65. 3. 22 et Req., 3 août 1872, D. 74. 1. 77. Ainsi la Cour de Douai (10 mars 1905, *Rec. Douai*, 05. 282, *Annales de Dr. Comm.* 1906, *Bulletin*, p. 36) a décidé que si le pollicitant stipule que le paiement aura lieu au comptant et que l'autre partie demande que le paiement soit ajourné, il ne se forme pas de contrat, et le pollicitant peut retirer son offre. Il n'y a rien ici en effet que refus et contre-proposition. Voir article de Pacchioni « Sur l'art. 37 du C. de Comm. Italien », sous Cour d'Appel de Venise, 17 déc. 1907, *Rivista di diritto commerciale*, 1908, 11, pp. 148-152.

(2) Valéry, *loc. cit.*, § 94.

(3) Rapporté au D. R., v° Commissionnaire, § 44, n° 1.

ment ; au point de vue quasi-délictuel, la prétention de contraindre tout commerçant à répondre aux lettres qu'il reçoit. Mais encore dans ce dernier ordre d'idées, y avait-il une apparence de raison à dire que toute partie en ébauchant une affaire assumait dès lors l'obligation de faire son possible pour en assurer l'aboutissement ; ainsi pour inadmissible qu'elle restât dans son essence, cette théorie appliquée à la formation d'un contrat nouveau, se présentait du moins favorablement au point de vue de l'équité. Ici en revanche — et sans rien perdre de ses imperfections théoriques — elle apparaît de plus comme singulièrement dangereuse et injuste si elle doit avoir pour conséquence de permettre à une partie de modifier à son gré et sans aucune participation de l'autre un contrat déjà conclu.

Car alors — si l'on ne peut dégager une stipulation expresse ou tacite en ce sens — on se demande pourquoi et par le seul fait que deux personnes ont conclu une affaire d'une façon ferme et définitive, il serait permis à l'une d'elles de harceler l'autre de propositions nouvelles tendant à en dénaturer le sens et la portée, sous la menace constante, si elle omet de répondre à une seule de ces offres insidieuses, de s'en voir de plein droit réputée acceptante !

Au surplus, la Cour de Bordeaux ne tarda pas à s'apercevoir de l'erreur commise par elle, puisque par un revirement aussi louable que rare dans les annales du Palais, elle revint dans le même mois et dans la même affaire, complètement et définitivement, sur sa jurisprudence primitive (1).

Rien de plus logique d'ailleurs que le principe posé par ce second arrêt et dont il est loisible de faire de multiples applications. Que penser par exemple de cette clause si souvent impri-

(1) Bordeaux, 26 juillet 1843. D. R., v° Commissionnaire, § 44. n° 2 ; dans le même sens implicit. Montpellier, 22 juillet 1904, Mon. Midi, 14 août 1904.

mée sur la bande des journaux : « Faute d'être résilié avant le premier octobre, l'abonnement sera considéré comme renouvelé pour l'année à venir. » Le directeur de la publication a beau jeu à parler ainsi : il fait à la fois la demande et la réponse. On ne saurait donc faire grief au lecteur pas plus de s'être abstenu d'envoyer un avis de résiliation dans les délais arbitrairement fixés, que de n'avoir point protesté contre l'insertion d'une telle clause : si elle n'avait pas été stipulée déjà lors de l'abonnement primitif, son apposition sur la bande ne peut produire aucune conséquence juridique.

De telles solutions ne paraissent guère susceptibles de soulever de difficultés.

Nombre d'auteurs et d'arrêts prétendent en revanche résoudre la question par une distinction fort clairement posée par un jugement du Tribunal de commerce de Marseille du 19 janvier 1903 : « Lorsque comme suite à un marché une lettre vient préciser certaines clauses accessoires ou les ajouter au contrat, le silence de l'autre partie peut être considéré comme une acceptation. Mais il n'en saurait être ainsi au cas où la clause apporterait au marché des modifications d'une importance capitale (1). »

Nous ne saurions nous rallier à cette distinction subtile.

Dans un seul cas cependant nous convenons de bonne grâce qu'à bon droit, après la conclusion ferme du contrat, une partie peut encore, unilatéralement, y apporter des modifications : lorsqu'il s'agit de la correction d'une erreur matérielle (2).

Mais nous ne saurions concevoir hors de là une rectifica-

(1) *Annales de Droit commercial*, 1904, *Bulletin*, p. 55.

(2) Rouen, 19 mars 1902, D. 03. 2. 109. Il est en effet de principe que les simples erreurs de plume ou de calcul ne vicient pas les conventions et doivent se réparer. Civ. Cass., 5 déc. 1876, D. 77. 1. 179.

tion quelconque qui n'implique point de toute nécessité une modification à l'une des clauses du contrat primitif. Et à ce titre elle ne saurait être acceptée par le silence. Nous préférons d'ailleurs ne pas insister sur ce point spécial, devant l'étudier à nouveau et plus complètement dans le chapitre suivant.

B. — **Acceptation par le silence des clauses insérées dans les factures.** — Nous savons que les habitudes du commerce moderne ont singulièrement transformé, nous nous plaisons à le reconnaître, le moule archaïque du contrat : le temps n'est plus où chaque clause était débattue avec soin, âprement. Et sans aller jusqu'au contrat d'adhésion proprement dit où l'accord de volonté — tant s'est affinée la manifestation de cette dernière au contact de la vie moderne — devient tellement difficile à discerner dans la pratique, que certains auteurs récents ont cru pouvoir en dénier l'existence (1), nous n'ignorons pas combien fréquemment les commerçants insèrent des clauses spéciales imprimées sur leurs feuilles de correspondance et sur les papiers servant à enregistrer leurs marchés.

Le caractère obligatoire de telles clauses est indéniable, et le contractant ne saurait se refuser à s'y soumettre, sous le prétexte notamment qu'elles ont échappé à son attention. Les offres faites dans ces conditions sont et doivent nécessairement être affectées des modalités prévues par les stipulations imprimées ou manuscrites incluses sur l'écrit qui les constate. Constitue une offre nouvelle chaque clause insérée au cours des pourparlers sur les lettres échangées. Il appartenait à leur destinataire d'en vérifier le contenu, son approbation l'embrasse intégralement, en vertu d'une présomption irréfra-

(1) Voir notamment Dollat, *Des contrats d'adhésion*, thèse Paris, 1905, et Dereux, *De la nature juridique des contrats d'adhésion. Revue Trimestrielle de droit civil*, 1910.

gable (1), exactement de la même façon que celui qui signe un acte est censé par là y donner son entière adhésion.

Mais supposons maintenant que ce soit dans la facture envoyée après conclusion définitive du contrat que se trouve insérée une clause modificative (pratiquement il s'agira presque toujours de la clause « payable au domicile du vendeur » plus rarement d'une clause limitant soit dans l'étendue, soit dans le temps le droit pour l'acheteur d'exercer des réclamations).

Le silence du destinataire de la facture contenant de telles clauses équivaudra-t-il à leur acceptation ?

La grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence française y répond affirmativement, en invoquant le caractère spécial de la facture.

Que penser de cette argumentation ? et tout d'abord, qu'est-ce juridiquement qu'une facture ?

M. Valéry indique fort bien (2) qu'étymologiquement c'est un écrit qui « sert à déterminer *ce que doit faire* une personne liée par un contrat pour s'acquitter des obligations qui en dérivent ». Ainsi permet-elle, par une vérification aisée, au bénéficiaire de ces obligations de s'assurer si elles sont réellement exécutées de la manière convenue, de même que la lettre de voiture a pour utilité principale de permettre au destinataire d'un envoi de vérifier si le transport a été effectué de la manière prescrite par l'expéditeur.

Émanant du vendeur, elle fait preuve contre lui de toutes les mentions qu'elle contient, que ces dernières aient trait à la nature, à la quantité, à la qualité ou au prix de la marchan-

(1) La jurisprudence a reculé cependant parfois devant certaines conséquences de cette idée, exigeant une acceptation expresse et spéciale, en cas notamment de stipulation d'une clause pénale. Trib. comm. Boulogne, 6 fév. 1886, *Gaz. Pal.*, 88. 1. 500.

(2) Sous Cass., 17 juin 1903, D. 1905. 1. 345.

dise vendue, ou encore aux conditions dans lesquelles se fera la livraison ou le paiement.

Mais est-ce à dire qu'elle est susceptible de faire preuve contre l'acheteur ? Oui certes, dans une hypothèse : quand, aux termes de l'article. 109 C. de C., elle sera *acceptée.*

Il est aisé de concevoir, en effet, que la facture, renvoyée par l'acheteur au vendeur avec, au bas, mention de son acceptation, constituera la plus précieuse des preuves, et même la seule si le contrat a été conclu verbalement. Cette acceptation, si les marchandises ont été déjà envoyées signifiera l'agrément définitif et irrévocable des marchandises ; elle impliquera dans tous les cas l'adhésion du destinataire aux clauses contenues dans la facture.

L'incontestable utilité d'une telle méthode avait déterminé jadis l'adoption par les commerçants de l'habitude même, à laquelle fait allusion l'article 109 C. de C. : la facture « adressée par le vendeur en double original était approuvée sur l'un des doubles par l'acheteur qui la renvoyait à son correspondant (1) ».

De cette coutume d'aillleurs on retrouve mention dans les ouvrages des commercialistes contemporains du Code de Commerce. Nous lisons, par exemple chez M. Vincens : « Facture acceptée. Le vendeur a livré ; il a présenté une facture ou un état de sa livraison où il a énuméré le prix, le montant et les conditions du paiement. Si l'acheteur confesse au pied d'avoir reçu livraison et approuve, on voit que c'est un bon titre. On n'exige pas ici qu'il ait été fait double (2). »

Cette coutume d'accepter les factures est aujourd'hui tombée

(1) Thaller. *Traité élémentaire*, § 1056.

(2) Vincens. *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du Code de Commerce*, Paris, 1834, t. II, p. 91.

en désuétude (1). Et pourtant, c'est toujours en vertu du même article 109 que l'on prétend faire de la facture un moyen de preuve en faveur du vendeur, dès que l'acheteur l'a reçue sans protester. Si bien que cet article qui servait jadis de garantie à l'acheteur en ce sens qu'il semblait poser qu'une facture n'était acceptée qu'autant qu'elle portait sur elle une mention d'adhésion expresse, est aujourd'hui devenu par un bizarre retour des choses une arme pour le vendeur qui prétend, grâce à lui, faire considérer comme acceptées des factures qui ne le sont pas !

Ne nous y trompons pas cependant. Et si tant est qu'il existe — nombre d'auteurs en ont démontré dès longtemps l'inutilité et l'arbitraire (2) — une théorie spéciale de la « facture acceptée », encore faut-il ne pas en étendre l'application en dehors de l'hypothèse particulière pour laquelle elle a été créée.

Faute d'une mention spéciale d'adhésion, nous retombons dans le droit commun des échanges de communications écrites entre marchands : la correspondance.

Si bien que, dès que la facture diffère en quelque point du contrat primitif, nous nous retrouvons exactement dans l'hypothèse déjà vue d'envoi d'une lettre rectificative. Nous avons admis qu'alors le silence du destinataire ne valait pas consentement : nous ne saurions nous déjuger ici.

Et si nous passons maintenant dans le domaine des faits, les constatations que nous y ferons ne pourront que corroborer notre thèse. Car, si nous considérons le caractère exceptionnel et dérogatoire des clauses que le commerce moderne

(1) Les exemples donnés par M. Straffa (*Rivista di diritto commerciale*, 1903, I, pp. 58-63), de factures acceptées en matière de sociétés agricoles semblent n'avoir trait qu'à des sortes de billets à ordre.

(2) Straffa, *Rivista di diritto commerciale*, 1903, I, pp. 30 et suiv.

se complaît à y insérer, nous ne pourrons nous défendre de penser que la théorie adverse aboutit à détourner complètement la facture — simple document d'exécution et de contrôle — de sa destination primitive.

Sans doute, diront MM. Pagani et Valéry ; mais vous méconnaissez la double fonction de la facture qui exprime aussi « l'interprétation que le vendeur donne au contrat (1) ».

Admettons-le : n'en reste-t-elle pas moins un acte purement unilatéral ? et si le vendeur propose telle interprétation à l'acheteur, de quel droit l'imposer à ce dernier ? Ainsi, M. Valéry, poussé dans ses ultimes retranchements, fonde-t-il, en définitive, l'acceptation sur « l'usage voulant qu'entre deux commerçants *en relations d'affaires* celui qui reçoit une lettre et n'en agrée pas le contenu ait à le faire savoir sans retard ».

Ainsi nous trouvons-nous ramenés à cette vieille notion de rapports antérieurs : nous croyons en avoir démontré déjà le caractère arbitraire et fragile. Passons...

Au surplus, si nous posons maintenant la question sur le terrain de la bonne foi, nous ne saurions manquer d'être frappés du danger permanent que la thèse généralement admise chez nous fait courir à l'équité.

M. Valéry lui-même a si bien senti ce péril que, dans cette même note que nous venons de citer, — et pour justifier l'approbation qu'il donne à un arrêt de Montpellier (2) posant en principe l'inefficacité du silence, dans une affaire commerciale cependant, — il faisait ces judicieuses observations, que nous sommes heureux de reprendre pour notre compte en les géné-

(1) Pagani, *Commentario al codice di commercio*, n° 224. Valéry, Sous Cass. précité, D. 05. 1. 346.

(2) Montpellier, 22 juillet 1904, D. 1905. 2. 296.

ralisant : « Était-il admissible de baser cette preuve (celle de l'existence du contrat) uniquement sur le silence gardé par le destinataire de la facture? Pour qu'il en fût ainsi, il aurait fallu et que cette personne fût tenue de protester immédiatement, si elle contestait la formation de la vente dont on lui réclamait l'exécution, — obligation qui n'existait assurément pas, puisque rien n'établissait qu'aucun engagement de ce genre eût été pris envers le vendeur, — et que l'inaction où elle était restée ne put pas s'expliquer d'une autre manière que par son adhésion aux termes de cet écrit. Mais il y avait à cette attitude une autre explication, et des plus naturelles. Écrire une lettre, surtout quand elle est adressée à des gens qui peuvent être de mauvaise foi, risque d'être dangereux, car on peut s'emparer des expressions les plus anodines pour les détourner de leur sens véritable et y trouver prétexte à chicane. Un sentiment, un peu exagéré sans doute, de prudence, peut donc conseiller le silence... (1). »

Telle est exactement la situation dans laquelle se trouve tout acheteur au reçu d'une facture hérissée de clauses barbares et dont il comprend mal la portée (2). Quoi de plus légitime, dès lors, qu'il fasse sien ce mot de La Rochefoucauld : « Le silence est le parti le plus sûr pour celui qui se défie de lui-même! »

Au surplus, sa conscience est tranquille : le contrat n'est-il pas conclu, définitivement? et contre celui qui voudrait lui

(1) Valéry, *loc. cit.*, p. 347.

(2) Et peut-être n'a-t-il point tout à fait tort d'être méfiant, de voir dans chaque clause un piège : malgré sa généralisation, beaucoup de personnes ignorent encore que la clause « payable au domicile du vendeur », d'apparence inoffensive, entraîne une dérogation de compétence que rend singulièrement dangereuse la bienveillance notoire avec laquelle nombre de tribunaux consulaires accueillent les commerçants de la localité.

porter atteinte, n'a-t-il pas la garantie intangible que lui confère l'article 1134 C. C. : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »? Comment, dès lors, lui faire grief de son silence qui n'est, en l'espèce, qu'un excès de prudence ?

Nos adversaires, d'ailleurs, l'ont si bien compris qu'il en est bien peu qui aient osé maintenir leur doctrine jusque dans ses extrêmes conséquences : pour ne pas trop violemment choquer l'équité, ils ont apporté à la thèse de l'acceptation par le silence des clauses insérées dans les factures, un certain nombre de restrictions.

Certains, ne se contentant point du silence réduit à lui-même, n'ont voulu lui reconnaître la valeur d'une acceptation que s'il était accompagné d'actes positifs d'adhésion, tels que le reçu de la marchandise, la délivrance de lettres de change en paiement du prix, etc. (1). Nous ne saurions nous rallier à cette théorie, qui veut combiner en vain, pour y voir une approbation, deux éléments également inopérants : le silence, sans valeur parce que silence, et des faits d'acceptation tacite qui, de toute évidence, visent le contrat primitif, mais que rien n'autorise à interpréter comme une adhésion aux clauses nouvelles insérées dans la facture.

Beaucoup plus sérieuse, au moins en apparence, est la théorie qui consiste à diviser les clauses surajoutées en deux grands groupes : celles simplement interprétatives et celles, au contraire, modificatives du contrat primitif. Les premières seules pourront être acceptées par le silence.

(1) Cette idée, peu suivie chez nous, inspire une bonne partie de la jurisprudence italienne. Voir notamment : Cour de Cassation de Rome, 15 avril 1904, *Rivista di diritto commerciale*, 04. 2. 326; Cour de Cassation de Turin, 25 août 1905, *Rivista di diritto commerciale*, 06. 2. 23.

Cette distinction, adoptée par nombre d'arrêts (1), semble inspirer l'ensemble de la doctrine italienne et française. Admise en Allemagne, avec certaines restrictions, par M. Kosack (2), elle a été chaleureusement défendue, chez nous par M. Valéry (3), en Italie par MM. Pagani, Pacchioni, Bolaffio (4), etc.

Ce dernier, dans son Code de comm. annoté, l'exprime fort nettement : « Lorsque les énonciations de la facture ne contredisent pas les rapports juridiques établis entre les parties, l'acceptation de ces énonciations peut être expresse, tacite ou présumée. Il y a acceptation tacite lorsqu'elle résulte de l'attitude de l'acquéreur qui ne fait entendre aucune réclamation au reçu de la facture... L'acceptation expresse est indispensable toutes les fois que la partie modifie sur quelque point, même accessoire, l'accord précédemment conclu (5). »

Et M. Valéry de souligner qu'on ne saurait arguer de l'inactivité de l'acheteur pour prétendre qu'il a donné par là son agrément à toutes clauses insérées dans la facture dès qu'elles portent atteinte aux conventions préétablies. Un tel système

(1) V. notamment : EN ITALIE : C. d'appel de Milan, 16 mars 1904 (*Rivista di diritto commerciale*, 04. 2. 236), et de Turin, 3 déc. 1904 (id. 05. 2. 155); EN FRANCE : Req., 8 février 1899, S. 00. 1. 171 ; Caen, 2 juin 1899, *Rec. Caen*, 03, 351 ; Cass., 17 juin 1903, D. 05. 1. 345; Douai, 12 déc. 1907, *Rec. Douai*, 08, 245 ; Trib. comm. Saint-Étienne, 15 juin 1910, *Gaz. comm. Lyon*, 20 juillet 1910; Trib. comm. Cambrai, 16 avril 1912, *Gaz. Pal.* 1912. 2. 139.

(2) COSACK. *Traité de Dr. comm.*, 6e édit., t. I, § 23, p. 195 de la traduction Léon Mis, 1903.

(3) Note sous Cass., 17 juin 1903, précité.

(4) BOLAFFIO. *Le Code de comm. commenté*, pp. 580-583 ; PAGANI, *De la facture commerciale*, Turin 1892, p. 31, et note sous Modène, 16 mai 1908, *Rivista di diritto commerciale*, 08. 2. pp. 475-480 ; PACCHIONI, même Revue, 06. 2. p. 30.

(5) BOLAFFIO, *loc. cit.*, p. 582.

serait inadmissible en fait et en droit : en fait, car on ne saurait faire grief à l'acheteur de n'avoir point protesté contre une mention « qui peut avoir échappé à son attention, ne serait-ce que parce qu'elle concerne un point définitivement réglé, et qu'il ne lui a attaché aucune importance, attribuant son insertion à l'effet d'une habitude machinale ou à la distraction d'un employé » ; en droit, « car, puisque la prétention du vendeur ne tendrait rien moins qu'à *nover dans une certaine mesure le contrat primitif*, n'est-il pas légitime d'invoquer la disposition de l'article 1273 C. C., d'après laquelle la novation ne se présumant point, il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte (1) » ?

Nous ne saurions mieux dire ; mais nous comprenons malaisément quelles clauses M. Valéry prétend faire échapper à cet impitoyable réquisitoire, forgé de ses mains.

Ce seront, dira-t-il, les clauses qui ne font qu'interpréter le contrat primitif. Mais qu'est-ce qu'une clause interprétative ? Nous sommes bien tentés d'y répondre avec M. Bonfante : « C'est le cas d'appliquer un dilemme à l'usage d'Omar : ou cette interprétation est exacte, et alors elle est inutile ; ou elle est inexacte, et alors l'acheteur n'a pas à s'en préoccuper, ni le juge à s'en inspirer comme base de sa décision (2). »

Nous vivons en effet dans un réseau juridique tellement serré qu'on ne peut guère concevoir qu'une convention laisse un point quelconque non résolu ; car à défaut d'une stipulation expresse, les usages ou la loi reprendront leur empire ; si bien qu'à ce point de vue, se taire, de la part des parties est

(1) Valéry, *loc. cit.*, p. 348.

(2) Bonfante. *Rivista di diritto commerciale*, 1906, 2, p. 229.

manifester une volonté ; celle de s'en référer au droit commun (1).

Le fait de conclure un marché sans s'expliquer sur le lieu du paiement indique par exemple la volonté d'adopter la règle posée par les art. 1247 du C. C. et 420, § 3 du C. pr. C. combinés. A quoi bon par conséquent stipuler expressément dans le contrat que le tribunal compétent sera celui de l'acheteur ? Nous ne voyons pas en quoi cela pourrait modifier la situation : dans un cas comme dans l'autre la clause dérogatoire de compétence apposée par le vendeur sur les factures ira à l'encontre de la convention primitive qui sera novée exactement de la même façon.

Au surplus, et même en admettant que l'art. 1273 C. C. soit inapplicable ici, on nous accordera bien que la passation pure et simple du contrat confère à l'acheteur un double droit : celui d'exiger que son créancier se rende à son domicile pour opérer le recouvrement, et partant celui de pouvoir évoquer toute difficulté relative au marché devant le tribunal de son domicile : droit sacré puisqu'il émane de la loi même.

Or, si la novation ne se présume pas, moins encore peut-on présumer la renonciation à un droit (2).

Si nous rapprochons d'autre part ces principes de la constatation que nous avons faite plus haut et qui n'est guère contestable, à savoir que toute acceptation par le silence ne peut être fondée que sur une présomption, nous en déduirons naturellement que l'inactivité d'un contractant ne saurait autoriser l'autre à nover le contrat primitif, non plus qu'à imposer à la partie silencieuse une obligation nouvelle ou à la dépouiller

(1) V. *supra*, pp. 19-20.

(2) Renonciation qui, certaine en cas de clause dérogatoire de compétence, éclate encore plus vivement aux yeux s'il s'agit d'une mention limitant le droit pour l'acheteur d'élever des réclamations.

d'un droit acquis, sans violer du même coup la triple prohibition de présumer la volonté de nover, de s'obliger ou de renoncer. Ce qui aboutit pratiquement à dire que *jamais* on ne peut admettre l'acceptation par le silence d'une clause insérée dans la facture sans aller à l'encontre des principes essentiels de notre droit.

Contraints de reconnaître le bien fondé de toutes ces objections, les partisans du silence-acceptation, après avoir créé de toutes pièces la théorie des « clauses interprétatives » sont allés encore plus loin dans la voie des concessions.

Et dès qu'il s'agit de factures adressées à des non-commerçants, ou de clauses imprimées, nombre d'auteurs et quelques arrêts (1) abandonnent résolûment la thèse de l'acceptation par le silence ; d'autres, et notamment M. Valéry, n'en admettent plus guère que le principe, recommandant aux tribunaux de statuer alors avec une extrême circonspection (2).

Toutes ces limitations ne sont que des palliatifs impuissants à rendre acceptable une théorie viciée dans son essence : du moins sont-elle, l'indice certain de l'existence d'un grave malaise, dont il est aisé de relever d'indéniables manifestations.

La jurisprudence française, en effet, plus intransigeante encore que la doctrine, semble partager avec la jurisprudence autrichienne (3) le privilège peu enviable de représenter la thèse de l'acceptation des factures par le silence dans tout ce qu'elle a de plus absolu et de plus inflexible.

(1) Toulouse, 11 mars 1868, D. 68. 2. 81 : Grenoble, 11 fév. 1870, D. 71. 2. 120. Du moins ne suffit-il pas d'un simple renvoi fait par la facture à un prospectus ou à une circulaire générale : Trib. comm. Marseille, 19 janv. 1912, *Gaz. Pal.* 1912. 1. 203.

(2) Valéry. Sous Cass., précité, D. 1905. 1. 348.

(3) Voir le résumé de la jurisprudence autrichienne antérieure à 1890 dans Hanausek. *Facturen und Facturaclauseln nach österreichem Recht*, Vienne, 1891, note 10*, § 7 (pp. 90, 91, 92).

Adoptée pour la première fois au début du siècle dernier (1), cette thèse est aujourd'hui sanctionnée de façon invariable par nos Cours. Si bien que M. Thaller se borne à s'en faire l'écho lorsqu'il proclame comme un axiome essentiel et indiscutable que : « L'acheteur accepte la facture par cela même qu'il s'abstient de répondre qu'il est en désaccord avec son correspondant (2). »

Plutôt que d'énumérer toutes les décisions consacrant cette thèse, nous préférons nous borner à un simple renvoi aux ouvrages de pratique où elles foisonnent (3), et ne citer que les plus récentes, non encore répertoriées (4).

(1) Les trois premiers arrêts qui ont adopté cette doctrine paraissent être : Cour supérieure de justice de Bruxelles, 13 avril 1822, rapporté dans Merlin, *Questions de droit, Vente,* § 13; un arrêt de cassation de 1830, cité dans Pardessus, *Cours de droit commercial*, I, p. 141, et Lyon, 24 déc. 1844, D. 45. IV. 102.

(2) Thaller. *Traité élémentaire*, n° 1056 ; formules analogues dans Lyon-Caen et Renault. *Traité*, I, § 389, et III, § 63.

(3) Voir notamment : Dalloz. R. v°. Compétence commerciale, §§ 475 et s. ; S. *eod.* v°, §§ 151 et s. ; Nouveau R. pratique, *eod.* v°, §§ 113 et s. ; R. Carpentier, v° Compétence civile et commerciale, §§ 1214 et s., et surtout : *Nouveau C. de pr. c. annoté.* Dalloz, sous l'art. 420, n°s 533 et s.

(4) Arrêts de cassation : Civ., 26 déc. 1898, S. 01. 1. 326 ; Req., 4 mars 1901, — *Gaz. Pal.*, 01. 1. 406 ; Req., 27 janv. 1909, D. 09. 1. 173, S. 09. 1. 136. — Arrêts de Cours : Dijon, 22 mars 1897, S. 99. 2. 9, avec note ; Nancy, 7 nov. 1899, *Gaz. Pal.*, 99. 2. 604 ; Chambéry, 18 nov. 1901, D. 02. 2. 475 ; Paris, 13 déc. 1902, *Le Droit*, 24 fév. 03 ; Toulouse, 3 déc. 1902, *Rec. période. de proc. civ.*, 03, 101 ; et 2 mars 1904, D. 04. 5. 158 ; Amiens, 27 juin 1903, *Rec. Amiens* 03, 124 ; Lyon, 19 déc. 1905, *Gaz. comm. Lyon*, 15 mars 1906 ; Nancy, 6 nov. 1906, *Rec. Nancy*, 06, 340 ; Montpellier, 20 déc. 1906 et 10 mai 1907, *Gaz. comm. Lyon*, 30 janv. 07, et *Mon. Midi*, 16 juin 07 ; Nîmes, 4 mars 1908, D. 08. 2. 248 ; Rouen, 30 déc. 1908, *Gaz. Pal.*, 3 avril 09 ; Nîmes, 4 mars 1909, *Mon. Midi*, 21 mars 09, avec note Valéry ; Bordeaux, 16 mars 1911, *Gaz. trib.*, 18 octobre 1911. — Jugements de Tribunaux de commerce : Nantes, 9 juillet 1900, *Rec. Nantes*, 01. 1. 13 ; Bordeaux, 3 juillet 1902 et 5 déc. 1904, *Mém. Bordeaux*, 02. 1. 286, et 05. 1. 14 ; Lyon, 16 fév. 1904, et Limoges, 22 novembre 1904, *Gaz. comm. Lyon*, 4 fév. 05 et 16 avril

C'est d'ailleurs de la façon la plus large (1), sans même s'attacher le plus souvent aux distinctions proposées par M. Valéry, que nos Cours admettent l'acceptation par le silence de la clause dérogatoire de compétence insérée dans la facture : même en cas de protestation sur la date de l'expédition de la marchandise, sa qualité ou autres points spéciaux (2), même s'il était stipulé que le vendeur pourrait se couvrir au moyen de traites sur l'acheteur (3), même en cas de clause d'envoi

04 ; Havre, 14 février 1905, *Rec. Havre*, 05. 1. 59 ; Marseille, 1er août 1905, *Rec. Marseille*, 05. 1. 389 ; Lyon, 27 oct. 1905 et 5 janv. 1906, *Gaz. comm. Lyon*, 1er fév. 06 et 26 avril 06 ; Montpellier, 14 oct. 1911, *Gaz. Pal.* 1911. 2. 567.

Certains jugements décident même que l'acheteur qui reçoit sans protester une facture contenant la clause dérogatoire de compétence est censé y adhérer non seulement pour le marché en cours, mais même pour tous marchés futurs avec la même personne, sauf réserves ultérieures expresses en ce sens : Trib. comm., Nantes, 20 juin 1906 et 30 août 1907, *Rec. Nantes*, 06. 1. 429, et 08. 1. 123.

(1) Sous la condition cependant, bien entendu, que la facture ait été effectivement reçue et non renvoyée. Car alors il ne saurait plus être question d'acceptation. Point universellement admis. Voir notamment : Dijon, 12 janv. 1911, *Rec. Dijon*, 1911, 192.

(2) Cass., 5 fév. 1880, S. 82. 1. 252 ; 12 fév. 1883, S. 84. 1. 83 ; 9 juin 1885, S. 85. 1. 436 ; 30 juillet 1890, S. 90. 1. 102 ; Paris, 4 déc. 1901, *Fr. jud.*, 02. 2. 4 ; Trib. comm. Lyon, 9 nov. 1903, 16 fév. 1904 et 24 janv. 1908, *Mon. Lyon*, 29 avril 04, et *Gaz. comm. Lyon*, 16 avril 04 et 22 avril 08 ; Trib. comm., Tarare, 18 déc. 1906, *Gaz. comm. Lyon*, 20 fév. 07 ; Cour de Dijon, 21 avril 1910, *Rec. Dijon*, 1910, 211.

(3) Nombreuses décisions en ce sens. Parmi les plus récentes : Req., 4 mars 1901, précité ; Trib. comm. Lyon, 9 nov. 1901, 22 déc. 1903 et 10 juin 1904, *Gaz. comm. Lyon*, 8 mars 1901 et 3 septembre 1904, et *Mon. Lyon*, 18 février 04 ; Nancy, 15 nov. 1904 et 11 avril 1905, *Rec. Nancy*, 04. 320, et 05. 151 ; Trib. comm., Marseille, 26 avril 1906, *Rec. Marseille*, 06. 1. 239 ; Aix, 13 juin 1907, *Rec. Marseille*, 08. 2. 32 ; Nîmes, 4 mars 1908, D. 08. 2. 248 ; Trib. comm. Saint-Étienne, 4 mai 1909, *Mon. Lyon*, 2 juillet 09 ; Trib. comm. Marseille, 24 juin 1910, *Gaz. comm. Lyon*, 31 août 1910.

La clause d'une facture portant que les traites fournies par l'acheteur ne dérogent pas à la clause de paiement au domicile du vendeur implique néces-

franco (1) ou contre remboursement (2). Hier encore, un important tribunal de commerce (3) ne décidait-il pas que le défaut de protestation au reçu d'une facture portant la clause « payable au domicile du vendeur » vaut acceptation de cette dernière, même si le bon de commande signé par l'acheteur stipulait compétence de son propre domicile !

Devant un tel faisceau de décisions, il serait puéril de notre part de tenter de leur opposer quelques jugements isolés (4), qui semblent bien à première vue se rallier à la thèse inverse, mais furent en réalité presque toujours déterminés par des raisons de fait, telles que la renonciation par le vendeur, prouvée à l'évidence par la correspondance postérieure à l'envoi de la facture, aux clauses insérées en sa faveur dans celle-ci (5). Ces décisions laissent entière la question de principe.

sairement l'existence de cette seconde clause, même non expressément énoncée sur la facture : Trib. comm. Marseille, 1er août 1905, *Rec. Marseille*, 05. 1. 389. Il a été décidé, cependant, que la clause dérogatoire de compétence était inefficace, bien qu'insérée dans la facture, au cas où le paiement par traites était stipulé dès la passation du marché : Riom, 13 nov. 1902, *Rec. Riom*, 06. 115 ; Trib. comm. Nantes, 22 mars 1902, *Rec. Nantes*, 03. 1. 56. — Contra. Trib. comm. Marseille, 14 mars 1904 ; *Rec. Marseille*, 04. 1. 194; Paris, 14 juin 1911, *Gaz. Pal.*, 12 déc. 1911.

(1) Trib. comm. Nantes, 18 juillet 1908, *Rec. Nantes*, 08. 1. 406.

(2) Lyon, 30 janvier 1906, *Mon. Lyon*, 18 oct. 06 ; Trib. comm. Marseille, 12 oct 1909, *Rec. Marseille*, 1910. 1. 45 ; Trib. comm. Nimes, 11 mars 1910, *Mon. Midi*, 9 oct. 1910 ; Bordeaux, 16 mars 1911, *Gaz. trib.* 18 oct. 1911.

(3) Trib. comm. Cherbourg, 6 septembre 1912, *Gaz. Pal.* du 16 octobre 1912.

(4) Toulouse, 24 mai 1839, Dev. 39. 2. 472 ; Orléans, 3 fév. 1846, D. 46. 2. 43 ; Toulouse, 11 mars 1868, D. 68. 2. 81 ; Grenoble, 11 fév. 1870, D. 71. 2. 56 ; Caen, 23 fév. 1872. D. 75. 5. 124 ; Lyon, 27 février 1894. D. 94. 2. 371 ; Trib. comm. Seine, 9 janvier 1903, *Rec. période. de proc. civ.*, 03. 4148; Trib. comm. Nantes, 28 juillet 1909, *Rec. Nantes*, 09. 1. 425 ; Poitiers, 26 juin 1911, *La Loi*, 20 octobre 1911 (cette dernière solution s'expliquant par le fait qu'il s'agissait d'un contrat entre présents) ; Trib. comm. Saint-Étienne, 11 oct. 1911, *Gaz. trib.*, 19 nov. 1911.

(5) Cass., 12 fév. 1906, S. 06. 1. 282 ; Angers, 2 mars 1867, D. 67. 2. 138.

Nous aurions mauvaise grâce d'ailleurs à imputer trop sévèrement à la Cour suprême la responsabilité de la thèse que nous combattons : à cette dernière sans doute, dans les nombreuses décisions que nous venons d'énumérer, elle s'est ralliée sans conteste. Encore n'a-t-elle point voulu la poser comme un principe intangible et paraîtrait-elle volontiers disposée, semble-t-il, à considérer le problème comme d'espèces. Ne décidait-elle pas, dans un arrêt du 8 février 1899 (1), que la simple mention dans le contrat primitif de la clause « aux conditions et usages de la fabrique » suffisait pour justifier la solution des juges du fait refusant par la suite d'attribuer aucune valeur à une clause dérogatoire de compétence insérée dans une facture reçue sans protestation ? D'autres arrêts récents (2) témoignent d'une même tendance libérale ; si bien qu'il serait souvent facile à une juridiction désireuse d'abonder dans notre sens, de rendre inattaquable sa décision en la motivant *en fait*.

Bornons-nous à constater cette licence laissée par la Cour de Cassation aux magistrats de nos Tribunaux et Cours : ils se gardent bien d'en profiter. La jurisprudence en un mot paraît bien définitivement fixée, et résolûment à notre encontre.

Les résultats, faciles à prévoir, d'une telle solution, ne se sont pas faits attendre : devant un pareil encouragement, les vendeurs ont vite compris quel levier terrible la facture pouvait constituer entre leurs mains. A quoi bon attirer d'avance l'attention de l'acheteur sur telle clause particulièrement dangereuse pour lui, en la prévoyant lors de la correspondance échangée ou sur l'instrument du contrat ? Combien il est plus habile de la laisser dans l'ombre, et ne la mentionner que sur

(1) S. 1900. 1. 171.

(2) Notamment : Cass., 17 juin 1903, D. 05. 1. 345.

la facture ! le contrat étant alors définitivement conclu, il sera pour l'acheteur beaucoup plus difficile, souvent même impossible, de se dégager ; au surplus, peut-être ne s'apercevra-t-il pas du piège qu'on lui tend ; si bien que soit par nécessité, soit par inattention, soit par négligence ou paresse, il omettra de protester contre la nouvelle charge qui lui est ainsi imposée.

Voilà pourquoi, dans la pratique, il n'est pas de facture qui ne soit farcie de clauses accessoires. Tout d'abord, celle « payable au domicile du vendeur » est devenue de style. Sa fréquence même la rend moins dangereuse parce qu'on en connaît mieux la portée. Du moins présente-t-elle l'inconvénient de faire juger neuf sur dix des litiges commerciaux par un tribunal qui normalement ne devrait pas en connaître. Et n'est-ce point précisément pour enrayer la perturbation qui en résulte que fut déposée sur le bureau des Chambres, le 10 décembre 1900, par deux députés : MM. Mayer et Pourquery de Boisserin certaine proposition de loi ayant pour but d'abroger les deux derniers paragraphes de l'article 420 C. pr. C. et de limiter la compétence au Tribunal du domicile du défendeur (1) !

Réputée inoffensive, cette clause dérogatoire de compétence est susceptible de variantes singulièrement dangereuses. Que penser par exemple de l'élégant procédé rapporté par M. Vivante (2) et qu'emploient certains négociants peu scrupuleux pour empêcher pratiquement leurs cocontractants de faire valoir juridiquement leurs droits ? Ne raconte-t-il pas avoir vu la police d'une société d'assurances contre les maladies de bestiaux, résidant dans l'Ombrie, qui attribuait une compétence générale pour tous les litiges susceptibles de naître rela-

(1) V. *Annales de droit commercial*, 1901. 1. 215.

(2) Dans son discours sur « Les nouvelles influences sociales dans le droit privé », dans la revue l'*Universita italiana*, 1902, p. 219.

tivement à ses marchés, au tribunal de Caltanissata (petite ville près de Palerme) ?

Les vendeurs au surplus auraient bien tort de négliger l'arme que leur donne bénévolement le juge ; et ils ne s'en privent pas. Par des clauses insérées dans leurs factures, les marchands de bois, en raison de la fréquence des maladies cryptogamiques sur les sapins de Norvège, s'exonèrent de la garantie des vices cachés ; les fondeurs déclinent la responsabilité des modèles à eux confiés ; d'autres déclarent non recevables les réclamations soulevées après un délai arbitrairement fixé par eux et d'une brièveté dérisoire, imposeront à l'acheteur des conditions draconiennes pour le paiement, se dégageront de toute responsabilité pour retard dans la livraison, etc...

Et comme toutes ces mentions peuvent se combiner, en les groupant savamment, imprimées en caractères minuscules (1) dans un coin de la facture, le vendeur fera de cette dernière, contre son acheteur, *la plus formidable machine de guerre.*

Les vendeurs peuvent avoir vis-à-vis de notre jurisprudence une bien vive reconnaissance !

Comment s'étonner dès lors que nous ayons soutenu si ardemment l'opinion contraire ?

L'unanimité de la jurisprudence allemande est d'ailleurs dans notre sens (2).

En Italie, jusqu'à ces dernières années, la théorie française fut invariablement en honneur. Mais, sous l'impulsion éner-

(1) Cette circonstance, en effet, ne saurait faire modifier la position de notre jurisprudence. Voir notamment : Rennes, 13 février 1908. *Rec. Rennes*, 1910, 66.

(2) Successivement le *Reichsoberhandelsgericht*, R.O.H.G. III, 114 (1871) ; XVII, 273 (1875) ; R. O. H. G. I, 86 (1870) ; V, 34 (1872) ; XXII, 144 (1877), puis le *Reichsgericht*, R. G. V., 394 (1881), sont entrés dans la bonne voie.

Exception est faite pour la clause dite d'emballage, imposant à l'acheteur

gique de quelques juristes éminents (1), un mouvement contraire s'est dessiné qui s'accentue de plus en plus : les plus hautes juridictions abandonnent tour à tour la théorie séculaire du silence-acceptation (2).

Nous n'osons, hélas ! aspirer à un pareil succès, et ne nous faisons aucune illusion sur la portée de notre cri d'alarme.

Atteindrons-nous du moins l'unique but que nous visons : attirer l'attention de nos maîtres sur une erreur si profondément ancrée que seules leur autorité et leur science peuvent espérer la déraciner, la rayer enfin de notre Droit ?

***

Quand la nuit monte au ciel, le pèlerin recru de fatigue se plaît, assis sur le bord du chemin, à contempler, dans le crépuscule naissant, la route parcourue.

l'obligation de renvoyer l'emballage dans un certain délai, faute de quoi il devra payer le prix fixé par le vendeur. R. O. H. G. VI, 167 (177); Seuffert, XXX, 53.

Voir sur ces divers points : Ehrlich. *Die stillschweigende Willenserklärung*, pp. 285 et s.

(1) Bonfante, Vighi, et plus spécialement : Vivante. *Traité de droit commercial*, 2e édit., t. IV, n° 1532, et Straffa, nombreux articles dans la *Rivista di diritto commerciale*, 03. 2, p. 333 ; 04. 2, p. 326, etc.; principalement 03. 1, pp. 27 et s.

(2) Avant la brillante campagne entreprise par MM. Vivante et Straffa, à peine pouvons-nous enregistrer trois décisions favorables : un arrêt de la Cour d'appel de Turin de 1885, *Giurisprudenza*, 1885, 560; un arrêt inédit de la Cour d'appel de Modène du 26 juin 1901, cité par Straffa, *Rivista di diritto commerciale*, 03. 1, p. 31, note 1 ; et enfin, Cour de cassation de Florence, 23 déc. 1901, *Temi*, 02. 77. Après 1903, en revanche, il n'est pas d'année où la *Rivista di diritto commerciale* n'ait à enregistrer quelque succès : le Tribunal de quelque bourgade, la Cour de quelque grande ville entrant dans la bonne voie : Tribunal de Naples, 3 mars 1902, Revue précitée, 03. 2. 180 ; Préture de Vigevano, 21 juin 1904, et Tribunal de Milan, 2 sept. 1904, Même revue, 04. 2. 483; Préture de Gênes, 25 fév. 1905, Même revue, 05. 2. 206; Cour de cassation de Turin, 8 février 1908, Même revue, 08. 2. 142 ; Cour d'appel de Modène, 16 mai 1908, Même revue, 08. 2. 475. Et, dans une espèce différente, mais avec indication d'une tendance identique : Cour d'appel de Venise, 17 déc. 1907, Même revue, 08. 2. 148.

Ainsi ferons-nous après notre promenade dans le domaine du silence.

Peut-être nous reprochera-t-on, esclaves trop fidèles de textes séculaires, d'avoir fait œuvre banale en suivant après tant d'autres les plates-bandes, si souvent piétinées, de la Théorie des obligations, d'avoir fait œuvre morte en fermant la porte à toute évolution juridique.

Œuvre banale ? à l'heure où tant d'autres, plus entreprenants que nous, et désireux avant tout d'échafauder d'élégantes théories, oublient volontiers que la Loi est le guide tutélaire du juriste, n'est-ce point faire œuvre originale au premier chef que d'ouvrir un code avant de commencer une thèse ?

Œuvre morte ? entourant d'un respect suranné le moule archaïque du contrat, nous aurions ainsi renoncé par avance à voir progresser notre théorie, l'immobilisant à tout jamais dans une éternelle stagnation. Il ne nous semble point. Nos efforts au contraire tendirent constamment à laisser au Droit toute la souplesse désirable, sous cette restriction seulement que plutôt que de vivifier le néant en faisant arbitrairement du silence une forme d'adhésion, nous avons préféré laisser au juge du fait toute latitude de se conformer aux contingences, que nous ne saurions méconnaître, *en concevant suivant l'esprit de son temps la notion de manifestation de volonté.*

C'est là qu'il faut voir, croyons-nous, le pivot, la partie vivante de notre étude.

Qu'on ne s'étonne pas toutefois si nous n'avons pu dégager sur ce point quelqu'une de ces évolutions que nos modernes jurisconsultes savent construire de si prestigieuse façon. Une évolution juridique n'est point l'œuvre arbitraire et artificielle d'une magistrature entreprenante ou d'une doctrine hardie,

mais seulement la synthèse et la résultante d'un mouvement social : au juriste, au juge il appartient de suivre ce mouvement avec un soin jaloux et, par l'utilisation judicieuse de l'instrument plus ou moins imparfait que leur lègue le législateur, de modeler de leur mieux le Droit sur les contingences sociales : tâche entre toutes minutieuse et féconde. Mais là se borne leur rôle.

Or dans notre matière, qui est vieille comme le monde, il apparaît que les transformations, sans cesse ralenties, sont réduites aujourd'hui à d'insensibles mouvements : depuis le Droit romain, la notion « d'adhésion », limite naturelle de celle de silence, est à peu près restée constante. Soigneusement, nous l'avons dégagée, telle qu'on doit, croyons-nous, la concevoir aujourd'hui, mais sans la considérer comme une chose définitive, éternelle. Selon que le formalisme reculera plus ou moins, que tel fait empruntera au sentiment social telle ou telle signification, il vaudra ou non comme déclaration de volonté. En ce sens là seulement, il peut, il doit y avoir une évolution.

Vu :

J. HÉMARD.

Vu :

Pour le Doyen de la Faculté de Droit
de l'Université de Dijon,

L'Assesseur,

M. DESLANDRES.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

E. BOIRAC.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

INTRODUCTION 1

§ I. Définition du silence 3

§ II. Fonctions diverses du silence 18

a) Silence conservateur 19

b) Silence destructeur 20

c) Silence créateur d'obligations délictuelles et quasi-délictuelles 22

d) Valeur probatoire du silence 24

PREMIÈRE PARTIE. — Situation du problème du silence dans la théorie générale des obligations . . . 29

Chap. I. Du rôle du silence en matière d'offre 34

Sect. I. Émission de l'offre 34

Sect. II. Maintien de l'offre 37

Chap. II. Du rôle du silence en matière d'acceptation 41

Sect. I. Silence refus 41

Sect. II. Quand y a-t-il nécessité d'une acceptation expresse ? . 44

Sect. III. Acceptation tacite 45

SECONDE PARTIE. — Acceptation des offres par le silence discussion théorique 55

Chap. I. Théorie du silence-manifestation de volonté. 58

a) Premier argument : « Qui ne dit mot consent » 58

b) Argument historique 61

c) Arguments tiré des diverses théories relatives à la formation des contrats par correspondance 73

d) Argument de fond 75

Chap. II. Théorie de la confiance légitime 90

Pages

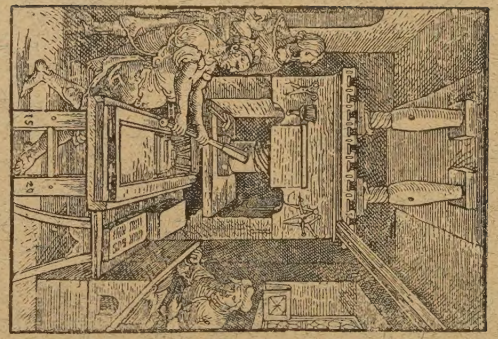
Chap. III. Notre théorie. 106
a) Son essence 106
b) Sa formule. 107
c) Ses limites. 107

TROISIÈME PARTIE. — Examen et critique des solutions pratiques

Chap. I. Applications du principe général d'inefficacité créatrice du silence 115
Chap. II. Hypothèses où l'on a cru trouver des dérogations au principe 120
Sect. I. Création d'un contrat nouveau. 123
a) Intérêt exclusif du destinataire de l'offre 123
b) Existence de rapports antérieurs entre les parties . . . 125
c) Acceptation par le pollicitant primitif 134
Sect. II. Modifications apportées à un contrat déjà conclu . . 137
a) Silence gardé au reçu d'une lettre rectificative 137
b) Acceptation par le silence des clauses insérées dans les factures 141

DIJON — IMP. DARANTIERE

IESPERE EN



MON TRAVAIL